

La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados

Javier Barnes

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN.— I. *Objeto: materiales para una reflexión.* II. *Una observación preliminar sobre los sistemas de reparto.*— B. LA TRIADA DE PRINCIPIOS COMPETENCIALES. I. *Introducción. Los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad.* II. *El principio comunitario de subsidiariedad.* 1. El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht. 2. El principio de subsidiariedad en el Tratado de Amsterdam. 3. El principio de subsidiariedad en el Tratado de Niza. III. *Principio de proporcionalidad.* 1. Sentido y alcance del artículo 3b, párrafo tercero, del TCE (según Maastricht). 2. Deslinde conceptual entre el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad. 3. La proporcionalidad en el plano competencial y en el ámbito de los derechos y libertades. IV. *Una reflexión final.*—C. EL DEBATE INSTITUCIONAL O POLÍTICO Y LA DISCUSIÓN ACADÉMICA SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. I. *Una nota sobre el debate académico. Enfoques metodológicos.* II. *El debate político e institucional.*

A. INTRODUCCIÓN

I. *Objeto: materiales para una reflexión*

La Declaración 23^a relativa al futuro de la Unión, adoptada por la Conferencia sobre el Tratado de Niza, dispone que, una vez abierto el camino a la ampliación y el proceso de reforma institucional, habrá de iniciarse un debate más amplio y profundo a todos los niveles sobre el futuro de la Unión, y en el que deberá abordarse, entre otras cuestiones, en particular, «la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad». (art. 5, inciso primero), así como «la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea» (art. 5, inciso cuarto).

La Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, en esa Declaración, «al seleccionar estos temas de reflexión, reconoce la necesidad de mejorar y supervisar permanentemente la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros». (art. 6). Finalmente, y en lo que aquí interesa, «la Conferencia acuerda que, una vez terminado este trabajo preparatorio, se convoque una nueva Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en 2004, para tratar las cuestiones antes mencionadas con miras a introducir las correspondientes modificaciones en los Tratados». (art. 7).

Aquí importa tan sólo una de las piezas que esa amplia problemática encierra, a saber: la distribución de competencias entre el Estado y la Unión Europea (en particular, la Comunidad). En tal sentido y con carácter introductorio, el presente artículo tiene por objeto, primero, recordar, en rápidos trazos, el cauce normativo por el que discurre la cuestión del reparto, así como, en segundo término, apuntar algunos de los enfoques metodológicos que, para ese debate, ha asumido la doctrina jurídica, tan marcada, por otra parte, por la diversidad de culturas jurídicas y sensibilidades constitucionales.

De ahí que el estudio, después de una breve consideración previa, se vertebre en torno a dos partes: una sintética descripción de la tríada de grandes principios que disciplinan la arquitectura general del reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Europea (B); y una referencia al debate académico y político-institucional sobre la reforma del sistema competencial (C). En suma, pues, el objeto del trabajo reside, ante todo, en la extracción de algunos materiales para una reflexión ulterior.

II. *Una observación preliminar sobre los sistemas de reparto*

Tres breves consideraciones conviene recordar de entrada: a) que, en teoría, el reparto de competencias y, más ampliamente, la división de poderes, sea ésta vertical u horizontal, no se basa ni obedece a meras razones de eficacia, sino que responde a otros valores más altos; b) que, además, las diversas técnicas de reparto o distribución se hallan condicionadas, entre otros factores, por la inercia histórica de las distintas clases de Estados compuestos u organizaciones supranacionales a las que dan vida; y c) que los criterios o técnicas de distribución no son sino una expresión singular y característica de la idiosincrasia de cada uno de los sistemas, una manifestación de superficie de algo más hondo, de todo un abigarrado conjunto de factores (históricos, jurídico-políticos, económicos; etc.).

— Baste notar, por lo que a la primera observación atañe, que la cuestión competencial (*quién debe hacer qué*) no se resuelve ni exclusiva ni fundamentalmente en función de criterios de eficacia. Dicho de otro modo, el reparto de competencias no es una cuestión políticamente neutra sino que está transida de un entramado de valores jurídico-políticos, característicos de nuestra tradición occidental. Así, por ejemplo, la división vertical del poder sirve de contrapeso entre las distintas plantas

de poder; de instrumento para la toma de decisiones de la forma más próxima al ciudadano; o en pro de la defensa del adecuado equilibrio entre la unidad y la diversidad; o, si se prefiere, entre la unidad del todo y el pluralismo y la propia identidad de cada una de las partes; etc. O la autonomía que se predica de los Entes locales puede oponerse a que determinadas razones de eficacia o de carácter económico constituyan razón suficiente o bastante para desapoderarles de sus competencias en beneficio de otras plantas superiores. La descentralización y la división vertical tienen, sin duda, un coste económico que el sistema sabe asumir. La realidad, sin embargo, demuestra que los criterios prácticos y de eficacia se entretajan, con una cierta tensión dialéctica, en el conjunto de técnicas y principios de reparto, sea en fase constituyente o en el plano aplicativo.

— Todo sistema competencial posee inercias y técnicas propias en virtud, entre otros factores, del nacimiento mismo de la entidad creada. Cada sistema puede registrar una dinámica hasta cierto punto distinta, como consecuencia de que la nueva entidad (Comunidad Europea o Estado Federal, por ejemplo) sea alumbrada *desde abajo* (por los Estados miembros o los Estados federados, respectivamente) o, por el contrario, constituya un producto de un Ente superior (como lo son las Comunidades Autónomas respecto del Estado). Así, técnicas como las competencias de atribución o la subsidiariedad, por ejemplo, responden más a la preocupación por retener o controlar las competencias transferidas *desde abajo hacia arriba*, mientras que en los movimientos de creación *desde arriba* predominan, cuando menos inicialmente, otros mecanismos cuyo objeto reside inversamente en moderar la diversidad o garantizar la reconducción a la unidad (como las que lucen en el Título VIII de nuestra Constitución: arts. 150.3, 149 C.E., v.gr.).

— Los criterios o técnicas de distribución de competencias, aunque resulten trasladables de un modelo a otro, podrán tener comportamientos distintos en virtud del sistema o tejido en el que se inserten y de su interacción con los restantes elementos que lo surcan. Todo ello se pone de manifiesto particularmente en el mundo de la compartición de materias o de las competencias concurrentes. Así, la compartición de materias en sistemas de reparto como el comunitario, el federal (alemán o belga, por ejemplo) o autonómico se engasta en claves distintas, impregnados como están por el contexto en el que cada uno se desenvuelve. La existencia o no de «espacios comunes» entre dos instancias, por ejemplo, permite la entrada de principios, como la subsidiariedad o la proporcionalidad, en el caso de la Comunidad, o del artículo 72.II GG en el modelo alemán¹, para condicionar o legitimar la «ocupación» por la instancia superior.

B. LA TRÍADA DE PRINCIPIOS COMPETENCIALES

I. *Introducción. Los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad*

— Fue el Tratado de Maastricht (1992) el que introduciría los principios de subsidiariedad y proporcionalidad como criterios generales que ha-

¹ La Federación podrá legislar en el ámbito de las competencias concurrentes cuando así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado.

brían de disciplinar la esfera competencial de la Unión y, en particular, de la Comunidad Europea. De este modo, el artículo 3B TCE del Tratado de Maastricht (hoy art. 5 TCE) se convertiría en el precepto estelar, en el ámbito de la Comunidad Europea, al integrar en un solo artículo, junto con el inicial principio de competencias de atribución, los de subsidiariedad y proporcionalidad. Con todo, sería la subsidiariedad la que acapararía, desde la misma gestación del Tratado, el mayor de los protagonismos.

Las Comunidades nacieron basadas en el clásico sistema de atribución de competencias. No obstante ello, y como es bien sabido, los Tratados constitutivos renunciaron a establecer listado alguno de competencias. Se optaría por una definición funcional de los poderes atribuidos (fines, objetivos, materias, etc.). Algunas competencias están ya comunitarizadas con carácter exclusivo (así, la política agrícola común; las relativas a las cuatro libertades fundamentales de circulación o las que guardan una más estrecha relación con el mercado común y la unión económica y monetaria). Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad vendrían a modular, filtrar o condicionar el ejercicio de las competencias comunitarias. Los tres principios constituyen una cadena o secuencia: la Comunidad sólo podrá activar las competencias que le hayan sido asignadas (atribución); cuando concurren los requisitos o presupuestos legitimadores, en el caso de competencias comunitarias no exclusivas (subsidiariedad); y en la medida más moderada posible (proporcionalidad).

— El artículo 3B TCE del Tratado de Maastricht dispone lo siguiente:

«La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.»

«En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

«Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

De acuerdo con el Tratado de Maastricht, el principio de competencias de atribución (párrafo 1º)² reproduce lo que disponen los artículos 4.1 párr. 2º TCE (cada órgano comunitario actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado), 4 A TCE (relativo al Sistema Europeo de Bancos Centrales y al Banco Central Europeo), 4 B TCE (sobre el Banco Europeo de Inversiones) y E TUE (el Parlamento, el Consejo, la

² *Compétence d'attribution; Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*. El principio ha estado siempre vigente en la Comunidad. Para una visión panorámica véase OPPERMANN, *Europarecht*, 1991, núm. marg. 432 y ss.

Comisión y el TJ ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos) y ha de contemplarse desde tres ángulos: material, instrumental y funcional. La Comunidad sólo podrá intervenir sobre aquellas materias que le hayan sido asignadas por el Tratado; actuará únicamente a través de aquellas formas y medios de Derecho derivado que de ordinario están ya expresamente previstas en el Tratado; y su acción se limitará habitualmente a la producción normativa, correspondiendo su aplicación en la mayor parte de los casos a los Estados miembros ³. De ahí que la Comunidad carezca de la *Kompetenz-Kompetenz* (art. 235, hoy, 308 TCE) y sean los Estados los «Señores» o «Dueños» del Tratado en cuanto conservan el poder de disposición sobre aquélla ⁴.

El principio de subsidiariedad, a renglón seguido, aclara y limita por su parte el alcance del principio de competencias de atribución: si el párrafo 1º del artículo 3 B TCE (según Maastricht) exige como presupuesto legítimo que el Tratado le haya atribuido a la Comunidad la competencia, el párrafo 2º del mismo precepto limita y condiciona su ejercicio (con la excepción de las competencias exclusivas) a la insuficiencia de los Estados miembros y a la mayor eficacia de la acción comunitaria o, lo que es lo mismo, determina si, a pesar de tener atribuida la competencia, puede o no ejercerla ⁵. La aplicación del principio de subsidiariedad, en efecto, *presupone* la existencia de una competencia no exclusiva, ya asignada, por virtud del artículo 3 B párr. 1º TCE. Si, en fin, el párrafo 1º exige la *atribución de la competencia* y el 2º determina si es posible su *ejercicio*, el párrafo 3º del mismo artículo —principio de proporcionalidad— regula el *cómo* ha de ser tal ejercicio, en caso de que conforme a los dos primeros principios sea lícita la intervención europea.

Por su parte, el Tratado de la Unión Europea (TUE) establecería en su artículo B (según Maastricht) que los objetivos de la Unión Europea se habrían de alcanzar con respeto del «principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea». Se obligaba así a que toda acción de la Unión Europea estuviera igualmente presidida por la concurrencia de los dos requisitos que allí se enuncian (insuficiencia de los Estados; mayor eficacia a nivel de la Unión),

³ Cfr. T. STEIN, «Subsidiarität als Rechtsprinzip?», en D. MERTEN (coord.), *Die Subsidiarität Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 29 y la bibliografía allí citada.

⁴ («Herren des Verträge») *vid.* BVerfGE 75, 223 (186); U. EVERLING, en: BERNHARDT/GECK/JAENICKE/STEINBERGER, *FS für Mosler*, 1983, pp. 173 y ss.; NICOLAYSEN, *Europarecht* I, 1991, p. 72 y ss.; D. MERTEN, «Subsidiarität als Verfassungsprinzip», en la obra por el mismo autor coordinada: *Die Subsidiarität Europas*, cit., p. 79; W. KAHL, *Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag*, cit. 414, 416.

No obstante, como es bien sabido, en el ámbito de la interpretación del Derecho comunitario, los Estados miembros han dejado de ser los Señores de los Tratados fundacionales. *Vid.*, en tal sentido, R. BERNHARDT, «Zur Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts», en *FS für H. Kutscher*, 1981, 17-24 (21); J. SCHWARZE, «Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Beziehungen», *EuR* 1983, 1-39; *apud* S. MAGIERA, «Kompetenzgrenzen und Strukturprinzipien der Europäischen Gemeinschaft», en *Staat und Parteien, FS für R. Morsey*, 1992, p. 220.

⁵ En términos análogos, BVerfGE de 12 de octubre de 1993 (Tratado de Maastricht), II.3.c.

sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia carezca de competencia para conocer de cualquier controversia que suscite su aplicación práctica en el marco de la Unión (art. L TUE).

— El Tratado de Niza no ha introducido novedad alguna a este respecto en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), sin perjuicio de la nueva numeración ⁶. Lo mismo puede decirse del Tratado de la Unión Europea (TUE) ⁷.

Por otra parte, la Declaración 23ª, relativa al futuro de la Unión, a la que antes se ha hecho referencia, apela al principio de subsidiariedad como criterio que habrá de presidir la reflexión acerca de una mejor y precisa delimitación —y supervisión— de las competencias entre los Estados y la Unión Europea. La idea de la subsidiariedad opera aquí no como principio jurídico, positivizado con un concreto sentido y alcance (como en el caso del antiguo art. 3B TCE, hoy 5 TCE), sino como filosofía o criterio de razón en la tarea constituyente que ha de emprenderse ⁸.

II. *El principio comunitario de subsidiariedad*

1. El principio de subsidiariedad en el tratado de Maastricht

1.1 Introducción: la lucha por la subsidiariedad

El Tratado de la Unión Europea, diría desde Maastricht, constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos

⁶ El artículo 3B TCE, con esos tres grandes principios, ha pasado a ser el nuevo 5, en la versión consolidada.

Por lo demás, las expresiones del principio de atribución de competencias se encuentran, más allá de su enunciado general en el apartado 1º del mismo precepto, en los artículos 7.1 (cada institución comunitaria actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado); 8 (el Sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco Central Europeo actuarán dentro de los límites de las atribuciones que les confieren el presente Tratado y sus respectivos Estatutos); y 9 (el Banco Europeo de Inversiones actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuyen el presente Tratado y sus Estatutos).

De otro lado, en el pórtico del Tratado de Niza, se recordará la resolución de todos «a continuar el proceso de creación de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad».

⁷ El art. 2 TUE (antiguo B) declara que «(l)os objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». El artículo 46 (antes L) impide el conocimiento del Tribunal de Justicia de las cuestiones que suscite su aplicación.

Igualmente, el artículo 1 TUE (antes A) señala que «las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible», mientras que el artículo 6.3 TUE (antes F) destaca que la «Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros», principios éstos a cuyo servicio se encamina la subsidiariedad (cfr. *infra* II.1.1).

Finalmente, y por lo que hace al principio de competencias de atribución, el artículo 5 TUE (antes E) reitera que las instituciones comunitarias «ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos, por una parte, en las disposiciones de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de los Tratados y actos subsiguientes que los han modificado o completado y, por otra parte, en las demás disposiciones del presente Tratado».

⁸ *Vid. infra* II.1.2.a).

de Europa, en la cual las decisiones se tomarán de la forma más próxima posible a los ciudadanos (art. A, párr. 2º, hoy art. 1 TUE). La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros (art. F, hoy art. 6.3 TUE).

El principio de subsidiariedad —o, en otros términos: la prerrogativa competencial de la unidad más pequeña frente a la superior— se ha convertido en un instrumento capital para la consecución de tan altos objetivos: lo que los Estados miembros (y sus Regiones y Entes locales) puedan hacer por sí mismos, no podrá ser objeto de la acción comunitaria.

El interés que despertó la subsidiariedad desde la gestación del Tratado de Maastricht en importantes Estados miembros (en primera línea Alemania) y la necesidad de aumentar los niveles de aceptación entre los ciudadanos y las fuerzas políticas y sociales —y más aún entre las Regiones— permitían ya entonces augurar un papel destacado de aquélla en los sucesivos pasos hacia la integración⁹.

El Tratado de Maastricht ha consagrado por vez primera la subsidiariedad como principio general (art. 3 B TCE): la Comunidad Europea intervendrá en aquellas materias sobre las que ostente competencias concurrentes con los Estados miembros, cuando la acción de éstos sea insuficiente y, por consiguiente, puedan alcanzarse con mayor eficacia a nivel comunitario los objetivos de la acción pretendida.

El principio de subsidiariedad constituye, en efecto, un criterio de racionalidad y de moderación en el ejercicio de las competencias comunitarias no exclusivas, en cuanto presenta una doble vertiente o dimensión: la una *negativa* o de *prohibición*, consistente en impedir la innecesaria intervención comunitaria y el consiguiente centralismo —lo que no es sino una garantía de que las decisiones se adoptarán al nivel más próximo a los ciudadanos (art. A TUE, hoy art. 1)—; y la otra, de carácter *positivo* o de *habilitación*, por cuya virtud la Comunidad intervendrá para auxiliar a los Estados miembros cuando éstos sean incapaces de alcanzar por sí mismos los fines que el Tratado postula y la acción comunitaria resulte más eficaz.

⁹ Para una visión sintética, pueden verse mis trabajos «El principio de subsidiariedad» en el volumen colectivo *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros* (J. Barnes, coordinador), Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 509-596; así como «Das Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastrichter Vertrag», en la obra colectiva *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, Fundación Humboldt, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, pp. 311-334. Cfr. «Declaración de Birmingham» del Consejo Europeo, de 16 de octubre de 1992 (*Bulletin der Bundesregierung* núm. 115, de 23 de octubre de 1992, pp. 1058 y s.); Memorandum del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre el principio de subsidiariedad, núm. 1 (*vid.*, v.gr. en D. MERTEN [editor], *Die Subsidiarität Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 130-135); R. v. BORRIES, «Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht», en Everling/Narjes/Sedemund (editores), *Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht*. FS für A. Deringer, Baden-Baden, 1993, p. 26; etc. El principio de subsidiariedad desde el punto de vista normativo parece traer consigo una verdadera *revolución jurídica* que afecta al entero Derecho comunitario *derivado*, que ahora se somete a revisión a la luz de lo que aquél postula. Así se deduce del Informe presentado por la Comisión al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993, sobre la adaptación del Derecho comunitario vigente al principio de subsidiariedad, en el que se propone un amplio programa de reelaboración del Derecho comunitario derivado en vigor o en fase de elaboración: normas que han de recibir una nueva versión; que han de ser objeto de una importante simplificación o, incluso, derogadas. (Utilizamos la versión alemana del Informe, todavía no publicado oficialmente).

Ciertamente, el problema capital que caracteriza el debate constitucional de la construcción europea reside en cómo distribuir el poder, las competencias, entre los diversos niveles implicados (local-regional-estatal-comunitario) y a nivel horizontal entre las distintas instituciones comunitarias. Desde la aprobación del Acta Única Europea, se ha avivado una fuerte discusión acerca de *quién* debe hacer *qué* en el seno de la Comunidad¹⁰.

En este contexto, es verdad que el principio de subsidiariedad parece haber servido de revulsivo, de fórmula mágica con la que redimir tantas cuestiones pendientes. Con ella, sobre todo los *Länder* alemanes, aspiraban a fortalecer su naturaleza o condición de Estados, cada vez más amenazada por el proceso de integración europea. Y es cierto que mientras el Gobierno británico invocaba el principio contra Bruselas, los *Länder* lo hacían contra Bonn; o la Comisión para justificar una mayor intervención cuando fuera necesario, en tanto que el Parlamento europeo asociaba el avance o integración que su plasmación comportaría a la supresión del déficit democrático parlamentario; y algunos Estados miembros, en fin, parecían alentarlos para sustraerse de sus obligaciones y recabar cómodamente la intervención comunitaria. Naturalmente, en la fase constituyente cada uno ha jugado su papel¹¹. En cualquier caso, y aunque sea un término polivalente y de moda porque todos parecen haber proyectado o vertido en su interior sus deseos y temores (concepto-comodín), no es un depósito vacío de contenido, no es sólo un *slogan* contra el centralismo, estatal o comunitario¹².

Es posible que todos —Bonn, Londres, Bruselas (por localizar simbólicamente los movimientos)— hayan obtenido parte de sus pretensiones: la defensa de las regiones; la limitación del centralismo comunitario; y el crecimiento de la Comunidad; e, incluso, que Estrasburgo se sirva de sus efectos para intimar a la supresión del déficit democrático. Pero es, sin embargo, Bruselas, es decir, la versión positiva de la subsidiariedad que deriva del Tratado (como título de intervención), la que también podría extraer, en su caso, notables ventajas en pro de la integración europea en la medida en que ello resulte necesario y eficaz, y sin perjuicio, desde luego, de su invocación desde otras instancias con fines diversos u opuestos (Estados frente a la Comunidad para condicionar o impedir posteriores transferencias de competencias en favor de aquélla —v. gr.: art. 23 de la *Grundgesetz* 66 de la Constitución portuguesa—; o, en ulteriores reformas de los Tratados —como argu-

¹⁰ V. CONSTANTINESCO, «Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip für die Politische Union», *Integration*, 13 (1990), 165 (175-176).

¹¹ Un ejemplo concreto: con la apelación a la subsidiariedad, argumentaba Gran Bretaña su exención de la política social común, Italia aspiraba a obtener un apoyo financiero en relación con la política de ocupación laboral femenina y Alemania exigía la reforma de la política sobre el control de subvenciones.

¹² En tono pesimista, afirma D. GRIMM, magistrado del Tribunal Constitucional Federal, «la subsidiariedad es sólo una palabra» (cfr. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 17 de septiembre de 1992. En contra, a título de ejemplo, T. STEIN, «Subsidiarität als Rechtsprinzip?» en D. MERTEN (editor), *Die Subsidiarität Europas*, cit., p. 25).

Es cierto, sin embargo, en que al menos hubo acuerdo general en que no había acuerdo sobre su concepto (cfr. v.gr.: N. EMILIOU, «Subsidiarity: An Effective Barrier Against "The Enterprises of Ambition"», *European Law Review*, 17 1992, p. 383) y que el consenso sobre el término puede implicar la falta de consenso sobre su contenido (vid. M. HEINTZEN, «Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft», *JZ*, 46 1991, p. 318). No es difícil, por ello, explicar la extraña atracción que ha despertado la subsidiariedad. No obstante, su concreta positivación (art. 3B TCE) determina y circunscribe sus efectos y consecuencias.

mento político—, para «renacionalizar» competencias; o, como divisa política de las Regiones frente al intervencionismo comunitario y de las Entidades locales ante los niveles superiores).

Se trata, en todo caso, de un concepto legal que ha alcanzado el rango de Derecho comunitario originario y cuyo contenido jurídico, efectos y aplicabilidad hemos de asegurar y precisar, al margen de las reivindicaciones políticas que en su elaboración pudieron hacerse valer y de las que, en su caso, quepa esgrimir en el futuro entre los diversos niveles territoriales. Por encima de las alabanzas¹³ y de las agudas críticas¹⁴ que la literatura científica europea ha prodigado, es posible sostener una posición moderada¹⁵ y optimista¹⁶ acerca del papel que el principio puede representar tal y como ha sido incorporado al Tratado.

Ha de notarse, sin embargo, que se ha esperado de la subsidiariedad más de lo que ella, por sí misma, podía dar, señaladamente en el ámbito del regionalismo europeo. Se han cargado sobre sus espaldas muchas esperanzas insatisfechas que, no sin frecuencia, sólo se pueden resolver con la reforma de la estructura constitucional de los Estados miembros (como, v.gr., un mayor grado de descentralización en el ámbito interno; una más efectiva participación en la fase ascendente de la voluntad nacional ante los órganos comunitarios) o de la propia Comunidad (p.ej.: la incorporación de un catálogo de materias en el Tratado al que se circunscriba la acción comunitaria; etc.). Ni todas las cuestiones competenciales se resuelven con su simple invocación, ni la «cuestión regional» se agota en la regla de la subsidiariedad o en la defensa del ámbito competencial de que disfrutaban las Regiones en su ordenamiento interno. Por otra parte, el problema parece residir más en última instancia en la concepción global que se pueda tener de la Comunidad, sus fines y estructura, que en la dificultad técnica de determinar cuál es el nivel adecuado de actuación o ejercicio.

1.2 Concepto y notas del principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea

El principio de subsidiariedad se plasmó en Maastricht con carácter *principal* (arts. A, B y F TUE, 3 B párr. 2º TCE) y en relación con algunas

¹³ Concepto-clave del Derecho europeo; piedra angular; principio arquitectural; piedra filosofal; Carta Magna de Europa; remedio milagroso contra el cansancio de Europa; palabra mágica; la palabra que puede salvar a Maastricht; caballo de Troya en la fortaleza del eurocentralismo; etc.; etc.

¹⁴ Fórmula vacía de contenido; es un término confuso, contradictorio y peligroso; cheque en blanco; es como un camaleón cuyo contenido depende del contexto en que se aplique; subsidiariedad es sólo una palabra; es un mito; fórmula de compromiso; concepto político y subjetivo, no juridificable; concepto-trampa; término ambivalente, opaco, vago y terrible; etc.; etc.

¹⁵ No hay razón para exagerar en un sentido o en otro. No es una palabra mágica, sino un principio de actuación de la Comunidad Europea; puede ser un instrumento valioso y útil, pero no constituye el criterio más sustantivo de la Comunidad en el ámbito competencial, según veremos más adelante (cfr. núm. II. 1, 2 y 3).

¹⁶ A resultas de cuanto se apunta en el presente artículo, no es dable compartir la opinión de quienes postulan que no es un principio jurídico o la de los que niegan su justiciabilidad o presumen su efecto pernicioso en todos los niveles.

políticas sectoriales (arts. 126..1, 127, 128, etc., del TCE; art. K.3.2. b) TUE, siempre según el Tratado de Maastricht).

El artículo 3 B párr. 2º TCE (hoy, art. 5), relativo a la Comunidad Europea, constituye el precepto central y consagra el principio general de subsidiariedad en los siguientes términos, según sabemos:

«En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

Conforme al artículo B (hoy art. 2) TUE también tendrá que observarse el principio en la consecución de los objetivos del Tratado de la Unión y, por consiguiente, en el empleo de los medios e instrumentos a su servicio (art. F.3, hoy art. 6.4 TUE)¹⁷. El principio de subsidiariedad luce, pues, no sólo en el ámbito de la Comunidad Europea (art. 3 B TCE) sino también en el de la Unión Europea y las políticas y formas de cooperación que en su ámbito consagra el Tratado (A y F.1, hoy arts. 1 y 6, respectivamente, TUE)¹⁸.

Respecto de su alcance y contenido en el ámbito competencial de la Comunidad Europea (art. 3 B TCE) conviene retener siquiera sea brevemente:

1) Según el Tratado de Maastricht, el artículo 3 B TCE se localizaba en el Título II («Disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea»), al igual que otras expresiones específicas del principio, proyectadas sobre ciertas políticas sectoriales (educación y formación profesionales; cultura; salud pública, p.ej.)¹⁹, en las que en ocasiones se restringe la acción comunitaria a determinadas actuaciones (cooperación, fomento), de forma que, aun cuando se dieran los presupuestos legitimantes del artículo 3 B TCE (insuficiencia de los Estados, mayor eficacia a

¹⁷ El artículo 3 B TCE se integra o completa, en una lectura sistemática, con otras disposiciones de carácter general como la que luce en el artículo A, párrafo 2º, del Título I («Disposiciones comunes»): «El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos».

Y el artículo B del Título I, *in fine*, destaca que:

«Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea».

Por último, el artículo F, también del Título I, desde otro perfil, añade que:

«La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, ...».

¹⁸ Cfr. BEUTLER/BIEBER/PIPKOM/STREIL, *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 73 y 85.

El TJCE carece de competencias, entre otros, respecto de los artículos A, B y F TUE citados (art. L TUE).

¹⁹ En mayor o menor medida, según los casos: educación (art. 126.1 TCE); formación profesional (art. 127 TCE); cultura (art. 128 TCE); salud pública (129 TCE); consumo (art. 129 A TCE); redes trans-europeas (art. 129 B TCE); industria (art. 130 TCE), cohesión (art. 130 A TCE); investigación (art. 130 G TCE); medio ambiente (art. 130 R TCE), cooperación al desarrollo (art. 130 U TCE).

nivel comunitario), la Comunidad no podría intervenir (v.gr., en el plano de la armonización). En ciertos ámbitos sectoriales se produce, pues, una derogación del régimen general establecido por el indicado precepto. Por su ubicación sistemática, tampoco juega el principio de subsidiariedad en el ámbito del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, ni en el de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, sectores en los que la distribución de competencias, sin duda más detallada y concreta, parecía hacer innecesaria su aplicación. En materia política —en la integración fuera del campo de la Comunidad Europea (Título V: cooperación política; política exterior y de seguridad común; y Título VI: cooperación en justicia y en asuntos interiores, TUE)— tiene un eco menor²⁰. La vigencia general del principio en el seno de la Comunidad Europea es indiscutible; su concreta aplicación y efectos dependerán, en primer término, de cada política sectorial y su concreta regulación.

2) La subsidiariedad no constituye un *título atributivo* de nuevas competencias o un criterio de asignación, sino de regulación o graduación de las ya atribuidas. Sirve exclusivamente para determinar el ejercicio de las competencias no exclusivas entre la Comunidad y los Estados miembros, cualquiera que sea su naturaleza (normativa, de ejecución, financiera). En tal sentido, la primera dificultad estriba en determinar cuáles son las competencias exclusivas (como, p.ej., la política comercial común) y concurrentes —sin duda, mayoritarias— de la Comunidad (términos hasta ahora ajenos al Derecho comunitario y su sistema competencial), puesto que el Tratado no las determina²¹. Su distinción adquiere, pues, una nota-

²⁰ El artículo K3.2.b) (Título VI) contiene también una evidente y específica consagración de la subsidiariedad.

²¹ La subsidiariedad no se aplica, pues, en ámbitos como la política agraria común, pesca, política comercial frente a terceros países o control de ayudas. Aquí es sólo invocable el principio de proporcionalidad. La noción de competencias exclusivas ha nacido en la Comunidad asociada a la creación del mercado común —cuya consecución está formulada en términos imperativos para la Comunidad— y de las libertades fundamentales que le son inherentes (cfr. v.gr.: Informe de la Comisión de 27 de octubre de 1992, cit.; J. PIPKORN, «Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäischen Union - rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit», *EuZW*, [1992], 697, 699). Ello significa que la técnica de la aproximación de legislaciones que incidan sobre el funcionamiento del mercado común (art. 100 TCE), la principal actividad de la Comunidad, queda fuera del radio de acción del principio de subsidiariedad. Cfr. MÜLLER/GRAFF, «Rechtswirkungen der Verfassungsziele», en M. DAUSES (editor), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, Ed. Beck, München, 1993, p. 51. Además de esta técnica, también el Derecho de la competencia y las reglas relativas al control de ayudas disponen de una densa regulación en el propio Tratado que resuelve la delimitación de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. La subsidiariedad tiene, por ello, una mejor aplicación en otros sectores como el de la política industrial (cfr. ENGEL, «Regionen in der Europäischen Gemeinschaft: Eine integrationspolitische Rollensuche», *Integration* 14, 1991 p. 25).

El problema de su determinación se complica, sin duda, como consecuencia del peculiar sistema competencial comunitario, en el que no existe catálogo, sino una atribución de competencias orientada y condicionada a la satisfacción de determinadas funciones y objetivos; el correcto ejercicio de las competencias comunitarias deriva y se mide por el criterio finalista (*vid.*, p.ej., M. JESTÄDT, «Rechtsgehalt und Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips nach dem Vertrag über die Europäische Union», en la obra colectiva: *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union: Wieviel Eurozentralismus - Wieviel Subsidiarität?*, Forschungsergebnisse im Überblick, IV Kongreß «Junge Juristen und Wirtschaft», Essen, 2-4 Juni 1993, Hanns Martin Schleyer-Stiftung, p. 79; J. BARNES, *El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 528-532).

El Tratado de Maastricht ha supuesto un crecimiento considerable de las competencias exclusivas de la Comunidad en el ámbito de la unión económica y monetaria y la proyectada transferencia a la Comunidad de la moneda única. Cfr. C. O. LENZ, «Immanente Grenzen des Gemeinschaftsrechts», *EuGRZ* (1993), 57 (64); A. WEBER, «Die Wirtschafts- und Währungsunion nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», *JZ* (en prensa), pp. 18 y ss. (*Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die Währungsunion*).

ble importancia práctica y cabe esperar que los Estados miembros y los órganos comunitarios (en particular, la Comisión) tengan interpretaciones diferentes²².

3) La subsidiariedad se inserta en un precepto (art. 3 B TCE) en el que se consagran otros dos criterios competenciales. En efecto, el párrafo primero garantiza el conocido principio de competencias de atribución que caracteriza a la Comunidad (ésta actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y los objetivos por él asignados), mientras que el párrafo tercero del mismo artículo 3 B TCE recoge el principio de proporcionalidad proyectado sobre el ejercicio de las competencias comunitarias (ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado)²³.

A nuestro limitado propósito —registrar los efectos *jurídicos* que la positivación del principio de subsidiariedad entraña—, parece oportuno un breve relato de algunas de sus notas más relevantes²⁴, derivables de su pri-

Para un somero análisis crítico de las posiciones doctrinales y del informe de la Comisión de 27 de octubre de 1992, *vid.* T. STEIN, «Subsidiarität als Rechtsprinzip?», cit., pp. 32-35.

²² R. v. BORRIES, «Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht», cit., p. 28.

²³ Véase el Memorandum del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre el principio de subsidiariedad, núm. I cit.; asimismo, el informe del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992, anexo I, núm. I y el Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho comunitario vigente al principio de subsidiariedad (núm. I.2).

²⁴ Exceden del objeto de nuestro trabajo otros relevantes aspectos, en los que no nos es posible detenernos. Con carácter general, puede verse mi trabajo: *El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas*, cit., especialmente, pp. 535-558.

En particular, no podemos abordar en esta sede los siguientes puntos:

— Los dos *presupuestos* de que consta el principio de subsidiariedad del artículo 3 B TCE (elemento *negativo*: insuficiencia de los Estados miembros; y el elemento *positivo*: mayor eficacia de la acción comunitaria) que, de conformidad con la doctrina dominante, hemos de interpretar de forma no alternativa sino concurrente, esto es, no basta con que la Comunidad pueda alcanzar mejor un fin determinado; es imprescindible que, en primer término, los Estados no puedan atenderlo suficientemente. Tampoco es posible aquí abordar los criterios concretos en que se pueden traducir ambos elementos (es decir, para realizar el *test de necesidad* y el de *eficacia*), tarea en la que ya se vienen empeñando los órganos comunitarios. *Vid.*, sobre este extremo, el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el principio de subsidiariedad, (*Europe/Dokumente*, núm. 1804/05, de 30 de octubre de 1992). y el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992 (cfr. *Bulletin der Bundesregierung* núm. 140/p.1277, de 28 de diciembre); y su comentario en R. v. BORRIES, «Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht», cit., pp. 32 y ss.; y en P.M. SCHMIDHUBER, «Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht», *DVBL*, 1993, 417 (418 y ss.); asimismo véase el informe sobre el principio de subsidiariedad presentado por la Comisión al Consejo de Bruselas de diciembre de 1993; etc.

— La *obligación de motivar* los nuevos actos comunitarios o, lo que es lo mismo, el deber de justificar su compatibilidad con el principio de subsidiariedad (art. 190 TCE; informes de la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 27 de octubre de 1992; Informe final del Consejo de Edimburgo; Informe de la Comisión al Consejo de Bruselas; etc.).

— La *justiciabilidad* del principio que, aunque limitada a un juicio de evidencia o razonabilidad (ténganse en cuenta los «conceptos jurídicos indeterminados» que contiene el precepto y el margen de maniobra en beneficio de los órganos comunitarios) resulta incuestionable en cuanto principio jurídico. La motivación del acto comunitario y el principio de proporcionalidad constituyen un valioso instrumento para su control (en tal sentido, el interesante Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho comunitario vigente al principio de subsidiariedad, núm. II.1).

Baste apuntar que los recelos sobre la efectividad del control judicial —en cierto modo justificados por las experiencias constitucionales que brindan otras fórmulas *análogas* (esto es, en parte igual y en parte dis-

mera consagración en el Tratado de Maastricht, y hoy ya plenamente vigentes y refrendadas (Protocolo del Tratado de Amsterdam; art. 5 TCE, según el Tratado de Niza)²⁵.

a) La subsidiariedad como *doctrina* general y como *principio jurídico positivo* en el Tratado de Maastricht.

La primera precisión conceptual, en efecto, que ha de formularse con carácter previo reside en la elemental distinción entre la *idea* o la lógica de la subsidiariedad como doctrina, de su concreta consagración jurídica en un texto positivo. Es esta última perspectiva la que aquí interesa y no, por el contrario, la subsidiariedad como postulado o criterio político que pueda

tintas)—carecen de sentido en la medida en que puedan partir, en ocasiones, de la presunción de un uso abusivo del principio por parte de los órganos comunitarios. La secuencia, pues, para sus detractores sería: aplicación e interpretación abusivas del principio por parte de los órganos comunitarios, de un lado, y escasa o nula justiciabilidad, de otro. El pesimismo, ante tal planteamiento, está servido. A nuestro juicio, sin embargo, hay motivos para la esperanza, aunque tan sólo fuera por el amplio consenso de los órganos comunitarios en garantía de su aplicación (v.gr.: el acuerdo institucional por el que se establece un procedimiento de participación de todos los órganos con el fin de determinar el cumplimiento de los requisitos del artículo 3 B TCE; *vid.* los documentos de la Comisión y del Consejo más arriba citados y el Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad, núm. I.2; el citado procedimiento ha sido objeto de una Declaración y de un Acuerdo institucional suscrito entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión, el 29 de octubre de 1993).

— También nos está vedado abordar en esta sede su más reciente y rica formulación en el seno de la doctrina social de la Iglesia, que no impide recordar su más remota conexión con el origen mismo del pensamiento cristiano y la filosofía aristotélica-tomista (y la doctrina escolástica del Derecho natural). Conforme a la Encíclica *Quadragesimo anno* (Pío XI), el individuo y la unidad social más pequeña deberán conservar su propia iniciativa mientras que puedan por sí mismos atender los fines existenciales que les corresponden; la unidad superior sólo podrá prestar su ayuda y apoyo cuando el individuo o el nivel inferior no sean capaces de alcanzar sus propios fines (cfr. núm. 79). Tal formulación se dirige contra toda forma de colectivismo y de totalitarismo, pero también frente al individualismo y la pasividad; de ahí que no se pueda entender la subsidiariedad fuera del contexto de la solidaridad y de la responsabilidad personal.

En cuanto doctrina, al menos en sus más elementales manifestaciones, está tan conectada con la idea de libertad del individuo y de los grupos en que se inserta que casi resulta innecesario describir la historia de su evolución o recurrir a una más honda fundamentación a los efectos del artículo 3 B TCE. En tal sentido, el principio de subsidiariedad de la doctrina social de la Iglesia está emparentado con la lógica de la subsidiariedad desarrollada en la Teoría del Estado liberal alemana, conforme a la cual el individuo y su libertad se encuentran en el centro de la legitimación del poder. No resulta útil, a tal propósito, «competir» por encontrar un antecedente o un reflejo de esta doctrina cada vez más remoto u original, por cuanto tampoco parecen derivarse por ello mayores consecuencias sobre la interpretación del artículo 3 B TCE. *Vid.* J. BARNES, *El principio de subsidiariedad y las Regiones europeas. Las Comunidades Autónomas*, cit., pp. 518-522 y la bibliografía allí citada; asimismo, M. SPIEKER, «Das Subsidiaritätsprinzip. Anthropologische Voraussetzungen und politische Konsequenzen», *Zeitschrift «Die neue Ordnung»*, II 1994 (en prensa).

En el ámbito del Derecho comunitario, según la amplitud con que se le conciba, es posible encontrar diversos antecedentes, pero ello no significa, en modo alguno, que el principio de subsidiariedad del artículo 3 B TCE tenga un mero efecto declarativo (en contra, W. KAHN, «Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag», *AöR*, 118 [1993], p. 416). Aunque pueda afirmarse que el principio de subsidiariedad subyace a la estructura misma de la Comunidad desde su nacimiento y a su distribución de competencias, no ha tenido hasta el momento un papel significativo como límite del ejercicio de competencias. Su consagración no es una mera incorporación de un principio no escrito ya existente con anterioridad (como hace el artículo F TUE en relación con los derechos fundamentales), sino que constituye un nuevo elemento en el contexto comunitario (*vid.*, en igual sentido, R. v. BORRIES, «Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht», cit., pp. 25-26).

²⁵ *Vid. infra* núm. 2 y 3, respectivamente.

servir, por ejemplo, para inspirar, en fase constituyente, el reparto de competencias entre cualesquiera niveles de gobierno imaginables (local-regional-estatal-supranacional), esto es, como criterio de distribución o *rule of reason*, o regla de orientación, en suma ²⁶. El constituyente o el legislador ordinario podrían servirse de tal regla, como una especie de medida de prudencia, para definir —o redefinir— las competencias que a cada nivel habrían de corresponder. La idea de subsidiariedad, en tal sentido, podría entrañar igualmente un movimiento descendente desde las instancias superiores, de descentralización o devolución de competencias.

Pero la doctrina de la subsidiariedad puede plasmarse o tecnificarse con diverso alcance en un texto legal —v.gr.: en el ámbito de las competencias concurrentes entre diversas instancias— y, en tal hipótesis, como en nuestro caso, el intérprete debe centrarse en el contenido jurídico que el Tratado de Maastricht le haya atribuido o eventualmente cualquier otro texto positivo pudiera otorgarle (como el artículo 23 GG o el artículo 6 de la Constitución portuguesa).

La plasmación del principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht, luego mantenida (art. 5 del TCE, según Niza) encarna, sin duda, una de las múltiples posibilidades que la subsidiariedad como doctrina general encierra y no es posible esperar que su consagración agote la cuestión. Así, el artículo 3 B TCE ni se preocupa directamente por las relaciones del poder público con la sociedad (como límite a la intervención pública sobre la esfera privada del individuo, en la medida en que éste pueda satisfacer por sí mismo los objetivos de que se trate), ni tampoco atiende a las relaciones que guardan las Corporaciones Locales y las Regiones con los respectivos Estados miembros o con la Comunidad. La incorporación del principio ha despertado, con todo, un amplio debate político entre las diversas plantas de poder en Europa (particularmente, de las Corporaciones locales frente a las superiores; y de las Regiones frente al propio Estado y a la Comunidad) que, en rigor, excede de lo que el artículo 3 B TCE por sí mismo pueda significar.

La subsidiariedad es, pues, un concepto de una enorme plasticidad. El Derecho comunitario ha recogido una de sus expresiones (necesidad, eficacia), circunscrita además a dos instancias (Comunidad Europea y Estados), sin pretender en modo alguno una completa redefinición competencial de todos los niveles de poder. Es éste un extremo que, no por conocido, ha sido siempre tenido en cuenta por sus comentaristas ²⁷.

Entre otras, podrían destacarse algunas consecuencias de la distinción de estos dos planos:

— La proyección generalizada del principio sobre el vigente reparto de competencias entre todos los niveles (local-regional-estatal-europeo) obligaría a una

²⁶ Cfr. V. CONSTANTINESCO, «Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip; del mismo autor, Magisches Wort oder Handlungsprinzip der Europäischen Union?», *EuZW*, 18 (1991) p. 563.

²⁷ Desde otra perspectiva, en sentido análogo, *vid.* T. STEIN, «Subsidiarität als Rechtsprinzip?», *cit.*, p. 26.

completa redefinición o reordenación competencial, especialmente en el ámbito interno, con mayor o menor magnitud en función del Estado de que se trate. En la mayor parte de los países comunitarios este principio no inspira esencialmente la distribución de competencias internas o, mejor, no constituye el criterio estelar. En todo caso, la definición y distribución de competencias es una tarea del constituyente de naturaleza política (sin duda, compleja y articulada en torno a toda una variada gama de técnicas y principios) que no puede resolverse con la simple remisión, como si de una fórmula mágica se tratara, al principio de subsidiariedad²⁸. El artículo 3 B TCE no entraña una redefinición competencial (devolución a los Estados o nuevas transferencias a la Comunidad).

— El concepto legal del artículo 3 B TCE es más estrecho que su potencial concepción doctrinal o política, sin que sean, por consecuencia, intercambiables. En tal sentido, puede decirse que el retrato de la subsidiariedad, tal como ha sido consagrado por el Tratado de Maastricht, es incompleto.

— El artículo 3 B TCE no socava ni cuestiona el esquema de distribución interna de los Estados miembros (la subsidiariedad como postulado político podría propugnar quizás una mayor descentralización en ciertos Estados en favor de la instancia regional y local; el artículo 3 B TCE, sin embargo, se mueve en un plano mucho más modesto). No es lícito imputarle, pues, efectos que en ningún caso podría producir, habida cuenta de los términos en que ha sido positivado (así, v.gr. su eventual impacto sobre el esquema de distribución interna de competencias²⁹).

— El artículo 3 B TCE, como hemos observado, no determina si las medidas deben adoptarse por el poder público o han de quedar en manos de los particulares³⁰, no tiene por objeto dar prioridad a las iniciativas de los grupos sociales frente a la acción estatal (como acontece, por ejemplo, con el fenómeno de los convenios colectivos en el ámbito laboral), aunque la subsidiariedad como doctrina lo postule (y así lo han consagrado respecto de ciertos extremos el Protocolo y el Acuerdo sobre Política Social, arts. 2.4 y 4, que forman parte del propio Tratado)³¹.

— El artículo 3 B TCE, tal como ha sido concebido, no amenaza por sí mismo la noción de soberanía predicable de los Estados miembros.

²⁸ Cfr. V. CONSTANTINESCO, «Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip», cit. 177; C.F. GRAF STAUFFENBERG/Ch. LANGENFELD, «Maastricht. Ein Fortschritt für Europa», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 25 (1990), *in totum*.

²⁹ Como, sorprendentemente, pareció entender M. HERRERO DE MIÑÓN, «España, Europa y la subsidiariedad», diario *El País*, 30 de septiembre de 1993, p. 15.

³⁰ En igual sentido, p.ej., R. v. BORRIES, «Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht», cit., p. 27.

³¹ Véase, sobre este punto en el ámbito laboral, el trabajo de H.U. REH, «Europäische Sozialpolitik und Subsidiarität», en D. MERTEN, «Die Subsidiarität Europas», cit., pp. 61-76 y, en la misma obra colectiva, D. MERTEN, «Subsidiarität als Verfassungsprinzip», cit. pp. 89-93; el Memorándum del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre el principio de subsidiariedad, núm. II.3 cit., postula ponderar, desde el principio de subsidiariedad, si es necesario siquiera una intervención estatal o, por el contrario, la consecución del objetivo en cuestión ha de quedar en manos de la iniciativa privada.

— Por consecuencia del artículo 3 B TCE no han perdido los Estados la denominada *Kompetenz-Kompetenz* o poder de disposición sobre la Comunidad (art. 235 —cláusula para la integración de lagunas³²— y N TUE) que a éstos les asiste³³.

— La lógica de la subsidiariedad es la misma razón de ser de la Comunidad. Precisamente porque los Estados miembros por sí solos no pueden alcanzar el fin fundamental (y fundacional) del TCEE —el establecimiento de un mercado común³⁴— y, tras la aprobación del Tratado de Maastricht, la unión económica y monetaria (art. 2 TCE)— ni los demás objetivos que directa o indirectamente se encuentran a él vinculados (art. 2 TCE), crearon una Comunidad de Estados a través de cuyos órganos se pretende lograr lo que cada uno de ellos individualmente no puede conseguir³⁵. Las competencias exclusivas de la Comunidad (como el Derecho de la competencia, la política comercial o parte de la política agraria) no son sino expresión de la doctrina de la subsidiariedad —en cuanto regla utilizada en fase «consiguiente» en la elaboración de los Tratados—, mientras que la cuestión de las competencias concurrentes (p.ej. la política industrial) deberá ser resuelta de la mano del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 3 B TCE —y ya con naturaleza jurídica³⁶.

b) Su posición compartida en el sistema competencial comunitario.

En el entero contexto del Derecho comunitario, el principio de subsidiariedad (art. 3B TCE) no constituye el criterio esencial ni se erige en el centro del sistema competencial, por cuanto requiere de la concurrencia de todo un conjunto de reglas y criterios con los que forma un todo unitario e inescindible (el principio de competencias de atribución y de proporcionalidad, a los que ya hemos hecho referencia; la cláusula de integración del artículo 235, hoy 308, TCE; los preceptos reguladores de cada política sectorial; etc.). Y ello sin perjuicio de que, en términos políticos, haya polarizado el viejo debate del reparto competencial. En la realidad constitucional, tampoco constituye el eje del modelo federal ni ha presidido la intervención pública en la economía³⁷.

³² Precepto que constituye una expresión indirecta de la subsidiariedad, o subsidiariedad de segundo grado. Vid. V. CONSTANTINESCO, «Subsidiarität: Zentrale Verfassungsprinzip», cit., pp. 168-169.

³³ La unanimidad de los Estados miembros y de los órganos comunitarios es bien elocuente en el sentido de que el Tratado de la Unión no ha establecido en favor de la Unión ninguna *Kompetenz-Kompetenz*. Cfr. v.gr., el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992; BVerfGE de 12 de octubre de 1993 (Tratado de Maastricht), II.b 6); asimismo, v.gr., W. MÖSCHEL, «Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht», NJW, 47, 1993, 3025. En contra, y representando una opinión aislada (derivada de una muy peculiar interpretación del artículo F.3 TUE): A. SCHACHTSCHNEIDER, A. EMMERICH-FRITSCHKE, T.C.W. BEYER, «Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz», JZ, 1993, 751, 753-754.

Desde una perspectiva crítica más amplia, vid. A. WEBER, «Zur künftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft», JZ, 1993, 325, 327.

³⁴ Sentencia del TJCE, Rep. 1964, 5 (24) (de la versión alemana).

³⁵ V.gr.: C. STEWING, *Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union*, 1992, 80, 83; J. SCHERER, «Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform», DVBl. 1993, 281, 282.

³⁶ En sentido análogo, J. SCHERER, «Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform», cit., p. 283.

³⁷ J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot. Berlin, 1968; R. STÖBER, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer, 1989, pp. 286-289; R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Springer, 1990, pp. 520-521; Vid. recientemente, v.gr.:

El principio de subsidiariedad no afecta ni cuestiona en modo alguno las competencias —exclusivas o concurrentes— de la Comunidad. De él no se derivan efectos sobre el equilibrio de poderes o la primacía del Derecho comunitario o el principio de lealtad (art. 5, hoy 10, TCE) ³⁸, del que es posible extraer consecuencias aun cuando la competencia concurrente sea ejercida por los Estados miembros. Las obligaciones y deberes que el Tratado atribuye a los órganos comunitarios permanecen invariables.

c) La subsidiariedad como factor de equilibrio: instrumento de defensa de la libertad e identidad nacional y de la integración europea. Efecto descentralizador e integrador.

El principio de subsidiariedad (art. 3 B TCE) significa, de una parte, la primacía de los Estados miembros (en el ejercicio de las competencias concurrentes), como regla o presunción general (con lo que se proscribe, entre otras consecuencias, el principio *in dubio pro comunitate*) y, de otra, un título legitimante para la intervención comunitaria, en la medida en que concurren los presupuestos que prescribe el citado precepto.

Con frecuencia, se puso el acento en la primera dimensión —señaladamente entre la doctrina alemana—, es decir, el principio de subsidiariedad como instrumento de defensa frente a los eventuales excesos comunitarios, con olvido de que, en efecto, constituye al propio tiempo un título de intervención en favor de la Comunidad o, lo que es lo mismo, de la integración europea. El más escrupuloso cumplimiento de los requisitos del artículo 3 B párr. 2º TCE (insuficiencia de los Estados miembros, mayor eficacia de la acción comunitaria), con todas las cautelas y garantías que quieran añadirse en su concreción (procedimientos complejos en los que participen todos los órganos comunitarios para mejor determinar si concurren o no las citadas condiciones; una detallada motivación de los actos jurídicos comunitarios; etc.) puede, con todo, desembocar y llamar por hipótesis a la intervención comunitaria, a una mayor integración. Una correcta y motivada aplicación del principio podría, en efecto, conducir a un crecimiento en el ejercicio de las competencias comunitarias no exclusivas.

En realidad, no es que se olvide tal dimensión, sino que, al contrario, por temor a sus consecuencias, se subraya el primero de los efectos: la subsidiariedad como muro de contención frente a la acción comunitaria. Ha de notarse, no obstante, que del principio de subsidiariedad se puede abusar en las dos direcciones posibles: sirviéndose de él para fomentar sin justificación ni fundamento una mayor intervención comunitaria, o bien, por contra, para bloquear desde las instancias inferiores la acción de la Comunidad. Tanto el exceso como el defecto son impugnables.

A nuestro juicio, pues, no parece riguroso reprocharle a la subsidiariedad su eventual efecto integrador, cuando en realidad ello no es sino una consecuencia de

C. KIRCHNER/J. HAAS, «Rechtliche Grenzen für Kompetenzübertragungen auf die Europäische Gemeinschaft», *JZ*, 1993, 760 (771) quienes concluyen que el principio de subsidiariedad no constituye un principio estructural de la *Grundgesetz* ni tampoco un elemento indisponible (art. 79.III GG) del Estado federal.

³⁸ Así, unánimemente el Consejo Europeo de Edimburgo, cit.

la misma naturaleza de las cosas, de la lógica a la que responde —conforme a la cual se legitima la acción comunitaria si concurren los presupuestos—. Lo que cabría criticar desde la óptica de la técnica jurídica, una vez más, sin embargo, es el deficiente y poco evolucionado sistema competencial de la Comunidad, su indefinición y carácter funcional y, en consecuencia, su virtual fuerza expansiva; lo que no hace sino urgir a una mayor concreción —catálogo de materias en las que puede intervenir la Comunidad, p.ej.—; etc.

El análisis crítico ha de distinguir, por consiguiente, dos planos de distinta naturaleza: la subsidiariedad como título de intervención, de una parte, y el ineludible proceso constituyente en que ha de desembocar el tema competencial, de otra. En primer término, en efecto, no hay razón para inadmitir la integración europea cuando venga de la mano del principio de subsidiariedad que, por lo demás, no resulta responsable de las imperfecciones del sistema competencial comunitario. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que son numerosos los aspectos a los que el artículo 3 B párr. 2º TCE no puede dar respuesta por sí mismo y a los que las reformas del propio Tratado tendrán que enfrentarse (v.gr.: lista tasada de competencias comunitarias; una clarificación competencial entre funciones y materias; etc.). Así, por ejemplo, si se quieren poner a salvo algunos ámbitos materiales de la eventual acción comunitaria (como desean los *Länder* respecto de la educación y cultura, v.gr.) bastaría con fijar en el Tratado las materias que quedan exentas de la aplicación de los criterios que el artículo 3 B TCE contiene (como en cierto modo han realizado los preceptos relativos a tales políticas sectoriales). La subsidiariedad no puede, pues, sustituir el proceso constituyente en el plano europeo.

Por lo demás, integración y subsidiariedad no se excluyen mutuamente. Son, por el contrario, las dos caras de una misma moneda que se complementan recíprocamente³⁹. En el seno de la subsidiariedad se concilian la posibilidad de adoptar las decisiones al nivel más próximo y cercano a los ciudadanos y, en consecuencia, la salvaguarda de la identidad nacional, de un lado, y la integración europea en cuanto necesaria y eficaz, de otro. Constituye un centro o nudo de intersección de las relaciones competenciales (no exclusivas) entre la Comunidad y los Estados miembros, una «línea de frontera». La integración europea —que, desde luego, no se mide por la *cantidad* de normas emanadas de los órganos comunitarios y su *grado de detalle*— y la centralización no son, en fin, términos sinónimos. La integración generada con respeto del principio de subsidiariedad constituye una unificación saludable y ya no es centralismo, porque éste no discrimina ni distingue entre aquel ejercicio de competencias que por razones necesidad y eficacia puede corresponder al nivel superior de aquel otro que resulta innecesario, sino que absorbe y desconfía.

Si en virtud del principio de subsidiariedad (art. 3 B TCE) interviene la Comunidad, es evidente que lo hará «cargada de razón», sin duda con un mayor con-

³⁹ En sentido análogo, *vid.* S. HESELHAUS, «Das Subsidiaritätsprinzip als neuer Motor der Integration», en la obra colectiva: *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union* cit., p. 76; T. RIEGER, «Eurozentrismus oder zurück zur Subsidiarität?», en la misma obra colectiva, p. 146.

senso en beneficio de la integración; crecerá el grado de aceptación y de legitimidad de la Comunidad a resultas de la más detallada motivación de sus actos; y se ponderarán mejor todos los intereses en juego ⁴⁰.

Antes del Tratado de Maastricht la intervención comunitaria en el ámbito de las competencias no exclusivas —sin duda, el más importante—, no estaba sometida al rigor de un instrumento de control y medición como el principio de subsidiariedad que, aunque no sea de precisión (no es un criterio de evidencia), constituye un avance en el esquema de distribución competencial en tanto que representa un parámetro razonable con el que determinar el grado de «integración» que en cada caso resulta aconsejable, por necesario y eficaz. La obligación de motivar y legitimar la acción comunitaria trae consigo una mayor transparencia y racionalidad a la hora de resolver el problema de *cuáles* son las competencias que tiene atribuidas la Comunidad y *cuándo* resulta lícito su ejercicio ⁴¹. De ahí que su incorporación al Derecho comunitario represente, a nuestro juicio, un dato positivo.

d) La subsidiariedad como criterio formal y relativo: las coordenadas de espacio y tiempo y la diversa regulación de cada política sectorial.

El principio de subsidiariedad es ante todo un *método*, un criterio formal para legitimar el ejercicio de competencias no exclusivas ya asignadas con carácter previo, más que un concepto sustantivo, con un contenido apriorístico o autónomo. El artículo 3 B TCE no ha garantizado un núcleo o un ámbito material que, en todo caso, deba quedar en manos de los Estados y, menos aún, de la instancia regional ⁴². No ofrece una foto fija.

Cuáles sean las consecuencias de la aplicación del principio de subsidiariedad a cada caso concreto es algo no determinable *a priori*, tanto por lo que se refiere al nivel o escalón en que deberá ejercerse la competencia cuanto a la duración de su ejercicio. El artículo 3 B TCE constituye un criterio formal del que no se deriva un resultado eterno, sino variable o en movimiento, según las circunstancias de lugar y tiempo. Es, por consiguiente, un principio *dinámico* ⁴³: hoy puede demandar una mayor amplitud de la acción comunitaria sobre una determinada política sectorial y

⁴⁰ En tal sentido, S. HESELHAUS, «Das Subsidiaritätsprinzip als neuer Motor der Integration», cit., p. 76.

⁴¹ Así, también M. JESTAEDT, *Die Relativität des Subsidiaritätsprinzips*, Europäische Union, Arbeitsgeber 20/45, 1993, 725 (726).

La Comisión en su Informe al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho comunitario vigente al principio de subsidiariedad advierte, con acierto, el doble efecto —descentralizador e integrador— que posee el principio (cfr. núm. I.1).

⁴² Ahora bien, aun cuando no se haya ocupado de preservar un contenido sustantivo indisponible frente a la acción comunitaria, es evidente, sin embargo, de la mano de una interpretación sistemática del entero Tratado (art. 3 B, objetivos y fines, políticas sectoriales, etc.) que la Comunidad nunca podría desapoderar ni invadir el ámbito tradicional de competencias regionales, como la educación, formación profesional, sanidad, política regional o cultura, por ejemplo.

⁴³ Así lo denomina, v.gr., el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992, cit., anexo I núm. I. La Comisión en su Informe al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho comunitario vigente al principio de subsidiariedad utiliza el mismo término (cfr. núm. I.2).

mañana, por el contrario, un retroceso de la Comunidad. Se trata, en otros términos, de una *regla temporal*: la acción subsidiaria sólo se legitima en tanto perduren los presupuestos en que se funda. Pero sus resultados dependen, por la misma razón, del *factor espacial*. La acción subsidiaria de la Comunidad puede serlo en relación con uno o varios Estados miembros o con todos (v. gr., en materia de medio ambiente, donde el estándar global de protección es bien diferente entre los diversos países, es posible la acción comunitaria exclusivamente sobre algunos de ellos) ⁴⁴.

La Comunidad, por su parte, está en continua evolución y desarrollo. Su razón de ser estriba en «comunitarizar» competencias hasta ahora desempeñadas por los Estados miembros individualmente. Los límites competenciales están, en cierto modo, en continuo movimiento, sin que ello signifique, sin embargo, un ilimitado crecimiento comunitario. Junto a la necesidad de integración europea, la salvaguarda de la identidad nacional pertenece también a los objetivos y fines del Tratado fundacional (art. A, B *in fine* y F.1 TUE) ⁴⁵.

La flexibilidad o plasticidad del principio no deriva tan sólo del factor espacio-tiempo, al que acabamos de hacer referencia, sino del *elemento material* —la política sectorial— sobre el que se proyecte en cada caso ⁴⁶. El principio del artículo 3 B TCE tendrá una aplicación más intensa (como presunción competencial en beneficio de los Estados miembros) cuanto menor sea la intervención comunitaria prevista en el Tratado en el ámbito material de que se trate ⁴⁷. Y, a la inversa, cuanto mayor sea el grado de detalle y de definición en el Tratado de un objetivo comunitario, menos espacio le resta a la subsidiariedad ⁴⁸.

e) La aplicación del principio de subsidiariedad, una responsabilidad para los Estados miembros.

El principio de subsidiariedad rige para todos los órganos comunitarios, no sólo para la Comisión. Los Estados miembros participan de forma decisiva en la producción normativa de la Comunidad a través del representante del Gobierno en el Consejo y aplican el Derecho comunitario a través de sus propios órganos legislativos y administrativos ⁴⁹.

⁴⁴ La posibilidad de intervenir sobre uno o varios Estados y no sobre todos no se desprende sólo de la misma noción de subsidiariedad, sino que se ve, por lo demás, avalada y fortalecida por el principio de proporcionalidad.

⁴⁵ Cfr. S. MAGIERA, «Kompetenzgrenzen und Strukturprinzipien», cit., pp. 225-226.

⁴⁶ V. CONSTANTINESCO afirma en tal sentido de que la aplicación del principio es relativa y flexible; asimismo, BÜSCHER, *EG-Magazin* 11/1992, p. 23; *apud* W. KAHL, «Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzip», cit., p. 436. Véase un ejemplo de su aplicación a la política agraria, en J. SCHERER, «Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform», cit., pp. 284 y ss.; o al mercado interior en P.M. SCHMID-HUBER/G. HITZLER, «Binnenmarkt und Subsidiaritätsprinzip», *EuZW* 1993, pp. 8-10.

⁴⁷ En sentido análogo, *vid.* R. v. BORRIES, «Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht», cit., p. 36, 34-36.

⁴⁸ Cfr. el informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992 y anexo I sobre la aplicación del principio de subsidiariedad, núm. I.4.

⁴⁹ Sobre este extremo, *vid.* v.gr.: H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, p. 218 y ss.

La aplicación práctica del principio depende en buena parte del propio Consejo, puesto que es el órgano comunitario legiferante por excelencia⁵⁰, lo cual remite a la responsabilidad política de los Estados miembros. Ellos son, en efecto, los Señores del Tratado; la Comunidad no ha perdido su cordón umbilical. De ahí que los Estados no puedan esconderse en la Comunidad para diluir su responsabilidad⁵¹, ni recargar las Directivas hasta hacerlas irreconoscibles respecto de los Reglamentos, sea para defender sus peculiaridades nacionales (en ocasiones, por puros intereses proteccionistas de la propia industria nacional⁵²), o sea para ahorrarse las eventuales dificultades que su transposición en el ámbito interno —fase descendente— pudiera entrañar⁵³.

f) La consagración del principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea y en las Constituciones nacionales.

Algunas Constituciones nacionales (v. gr.: art. 23 GG; art. 6 de la Constitución portuguesa) han consagrado el mismo principio como presupuesto legitimante para la transferencia de nuevas competencias a la Comunidad. Ello significa, desde luego, que está abierta la posibilidad de resultados divergentes en la interpretación y aplicación de la doctrina de la subsidiariedad entre los diversos Estados miembros como parámetro para enjuiciar la licitud de una nueva transferencia de competencias (art. 23 GG ó 6 de la Constitución portuguesa) y entre éstos y la Comunidad respecto del ejercicio de competencias concurrentes (art. 3 B TCE).

En este último sentido, podríamos asistir, por hipótesis, a un fenómeno sin precedentes. Un mismo principio consagrado en el Tratado de la Unión Europea y en la Constitución de los Estados miembros; en las instituciones europeas, con efecto en ocasiones tendencialmente centrípeta; en el Estado miembro, tendencialmente centrífugo. Y su interpretación, en última instancia, confiada al Tribunal de Justicia de la Comunidad, en un caso, y al respectivo Tribunal Constitucional, en el otro. Un mismo parámetro de control, pero con funciones diversas y ámbitos materiales también distintos. La posibilidad de obtener resultados divergentes, como los en cierto modo se produjeron en relación con la primacía del Derecho comunitario entre el TJCE y el TCF alemán, obedecen en última instancia al diverso punto de partida en que se fundan. Mientras que el parámetro de control del Tribunal de Justicia reside en los Tratados, el Tribunal Constitucional alemán —lo que resulta extensible a los restantes Tribunales Constitucionales— tiene a la *Grundgesetz* para contrastar la conformidad constitucional de las competencias transferidas a la Comunidad. El conflicto se produciría si se transfirieran más competencias soberanas de las que permite la Constitución de que se trate⁵⁴.

⁵⁰ Así lo advierte expresamente el propio Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE de 12 de octubre de 1993 (Tratado de Maastricht), II.3.c.

⁵¹ P.M. SCHMIDHUBER, «Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht», cit., p. 420 y s.

⁵² T. STEIN, «Subsidiarität als Rechtsprinzip?», cit., p. 24.

⁵³ Cfr. la obra colectiva: «Subsidiarity: The Challenge of Change». Working Document Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991. EIPA. Maastricht, 1991, pp. 24 y 59.

⁵⁴ Cfr. S. MAGIERA, «Kompetenzgrenzen und Strukturprinzipien», cit., p. 225.

No obstante, el ámbito material sobre el que se proyectan no es coincidente: el artículo 3 B TCE incide sobre el ejercicio de competencias no exclusivas ya atribuidas a la Comunidad; el artículo 23 GG, a título de ejemplo, sobre la transferencia de nuevas competencias soberanas hacia la Comunidad.

2. *El principio de subsidiariedad en el Tratado de Amsterdam*

En lo que se refiere al principio de subsidiariedad, el Tratado de Amsterdam no supone ruptura alguna con la configuración jurídica iniciada por el de Maastricht. La única novedad, de carácter formal, consiste en la inclusión de un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 3B TCE)⁵⁵, cuyas disposiciones se incorporarían como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con lo que ello entraña también de valor simbólico y político.

Sus trece disposiciones recogen el cuerpo de criterios que ya habían sido establecidos, bien en el Acuerdo Interinstitucional de 25 de octubre de 1993 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad; bien en las conclusiones del Consejo Europe de Birmingham, de 16 de octubre de 1992 y en el acuerdo global adoptado por el celebrado en Edimburgo, los días 11 y 12 de diciembre de 1992⁵⁶. Por lo demás, acogen buena parte de las posiciones asumidas por la doctrina mayoritaria que se había ocupado de su significado, contenido, alcance y justificabilidad⁵⁷.

Son siete, a nuestro juicio, los puntos que merecen aquí destacarse:

1. Todas las instituciones son *corresponsables* de la efectividad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, no sólo la Comisión o el Parlamento, sino muy particularmente también el *Consejo*, en el que se encuentran representados todos los Estados miembros⁵⁸.

2. Su aplicación habrá de estar presidida por una interpretación *finalista*, a modo de guía o pauta: son los fines del Tratado los que determinan el peso y la medida de la intervención comunitaria⁵⁹.

⁵⁵ La convergencia del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad, tal como han sido regulados en el art. 3B TCE y este Protocolo fija, desemboca en una suerte de máxima que podría sintetizarse así: «tanta Comunidad como sea necesaria».

⁵⁶ Vid. las notas a pie de página del núm. 1.1 anterior.

⁵⁷ Cfr. núm. 1.1 anterior y las notas a pie de página.

⁵⁸ Vid. núm. 1 del Protocolo.

⁵⁹ Cfr. núm. 2 del citado Protocolo. En realidad, con esta disposición se pretende defender el acervo comunitario y sus pilares fundamentales en cuanto a la relación entre ordenamientos. Parece expresar su preocupación frente a los que puedan invocar estos principios con el propósito de socavar la esfera competencial comunitaria, en un intento renacionalizador. La referida disposición concluye que su aplicación deberá tener en cuenta el art. F.4 del Tratado de la Unión Europea, según el cual «la Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas».

3. El principio de subsidiariedad no es un principio anticomunitario, sino un título legitimante, un *criterio de racionalización* en el ejercicio del poder comunitario, en cuanto «ofrece una orientación acerca de cómo deben ejercerse esas competencias concurrentes»⁶⁰, esto es, cuando la Comunidad ocupa un «espacio» común que comparte con los Estados miembros⁶¹. De ahí que sea un principio *dinámico*, que permite que la intervención comunitaria se amplíe cuando así lo exijan las circunstancias o, a la inversa, retroceda cuando deje de estar justificada⁶².

4. Toda propuesta de norma comunitaria deberá ir *motivada* de acuerdo con el principio de subsidiariedad. Cabe afirmar, pues, que este principio lleva anudado un deber formal consistente en justificar a su trasluz la necesidad y mayor eficacia de la norma comunitaria, en los términos del artículo 3B TCE⁶³..

5. Los criterios expresados por el artículo 3B TCE (que el objetivo comunitario no pueda ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y que pueda lograrse mejor a nivel comunitario, debido a la dimensión o efectos de la medida proyectada) son *acumulativos*, esto es, habrán de concurrir a un tiempo⁶⁴, con lo cual se cierra el paso a una posible interpretación del artículo 3B TCE que, basada en su tenor literal, pudiera autorizar la intervención comunitaria con la mera constatación de la insuficiencia del nivel nacional⁶⁵. El Protocolo se preocupa por añadir algunas directrices que permitan llenar de contenido los criterios formales que aquél precepto señala (insuficiencia estatal y mayor eficacia comunitaria). A este propósito, deberán aplicarse los siguientes criterios para determinar la concurrencia de tales requisitos⁶⁶:

a) el asunto que se considera presenta aspectos *transnacionales* que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros;

b) el asunto afecta a los *objetivos fundamentales* del Tratado (corregir distorsiones de la competencia; evitar restricciones encubiertas del comercio; reforzar la cohesión económica y social; etc.), de modo que, sin alguna forma de intervención comunitaria, aquéllos quedarían comprometidos, o bien se perjudicarían gravemente los intereses de los Estados miembros;

c) la actuación comunitaria trae consigo *claros beneficios*, en función de sus efectos o escala, en comparación con la intervención estatal.

6. En lo que hace al principio de proporcionalidad, la legislación comunitaria no podrá excederse de lo *necesario* o, dicho en positivo, deberá ser lo más sencilla posible, de modo que, *en igualdad de condiciones*, se preferirán las Directivas, a los

⁶⁰ Cfr. núm. 3.

⁶¹ No así en el ejercicio de las competencias exclusivas, en donde sólo opera el principio de proporcionalidad, según sabemos (*vid. supra* núm. I.1).

⁶² Cfr. núm. 3 del Protocolo.

⁶³ Cfr. núm. 4 del Protocolo.

⁶⁴ Cfr. núm. 5 del Protocolo.

⁶⁵ En efecto, el término «por consiguiente» que recoge el precepto podría hacer pensar que la mera insuficiencia del Estado miembro para lograr el objetivo de que se trate conlleva, casi automáticamente, una mejor posición de la Comunidad.

⁶⁶ *Ibidem*.

Reglamentos; las Directivas marco, a las de medidas detalladas; etc. Y, en todo caso, las Directivas dejarán espacio suficiente para que cada Estado elija la forma y los medios para alcanzar el objetivo establecido ⁶⁷. Por lo demás, y con carácter general, las medidas comunitarias que deban adoptarse habrán de reconocer el máximo margen posible para su concreción y desarrollo a nivel nacional, para conciliar así el respeto a los objetivos de la Comunidad y a la idiosincrasia nacional ⁶⁸.

7. Y, en fin, cuando la subsidiariedad impida la intervención comunitaria, los Estados miembros habrán de extremar, en compensación, la observancia del *principio de lealtad comunitaria* a que se refiere el artículo 5 TCE (hoy, art. 10 TCE) ⁶⁹.

3. *El principio de subsidiariedad en el Tratado de Niza*

Desde 1992 el principio de subsidiariedad ha experimentado una creciente eclosión: el Tratado de Maastricht lo erigiría en signo propio y diferenciador, al consagrarlo (junto con el de proporcionalidad), en el artículo 3B TCE ⁷⁰; el Tratado de Amsterdam añadiría un importante Protocolo sobre su aplicación (deberes formales de motivación; participación de las instituciones comunitarias; criterios indiciarios o de apreciación de su concurrencia cumulativa; etc.) ⁷¹. Y el de Niza no hace sino mantenerlo en sus mismos términos, en el artículo 5 TCE, bajo la rúbrica «principios» (de la Comunidad Europea), sin perjuicio de reiterar los mismos preceptos del TUE en el que luce igualmente la idea de la subsidiariedad ⁷².

La única novedad reside en el artículo 5 de la Declaración 23^a («Declaración relativa al futuro de la Unión»), a la que ya se ha hecho referencia ⁷³. De esta Declaración merece destacarse ahora: 1) que apela a un debate en torno a dos aspectos de interés: una *delimitación* más precisa de las compe-

⁶⁷ Vid. núm. 6 del Protocolo.

⁶⁸ Vid. núm. 7 del Protocolo.

⁶⁹ Vease asimismo el Informe de la Comisión al Consejo Europeo legislar mejor 2000 (de conformidad con el artículo 9 del Protocolo del Tratado CE sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad), COM(2000) 772 final, Bruselas, 30.11.2000.

Por último, y al margen del Protocolo, conviene señalar, en punto a la subsidiariedad, la Declaración de Alemania, Austria y Bélgica, en cuya virtud sus respectivos Gobiernos afirman que la acción de la Comunidad Europea, de conformidad con el principio de subsidiariedad, no sólo afecta a los Estados miembros sino también a sus entidades, en la medida en que éstas disponen de un poder legislativo propio que les confiere su propio Derecho constitucional interno. Se trata, desde luego, de una declaración de valor político, una constatación de lo evidente (también para España) que, sin embargo, en nada cambia el curso del artículo 3B TCE, que no tiene otros interlocutores que los Estados miembros y la Comunidad. El hecho de que las unidades subestatales tengan amplias competencias legislativas y de que la acción comunitaria incida eventualmente sobre la esfera a aquéllas reservada es, hoy por hoy, esencialmente una cuestión del Derecho interno, con independencia de los cauces y foros que el propio TCE ha abierto (v. gr.: arts. 198A y ss.; 146).

⁷⁰ *Supra* núm. B.I y II.

⁷¹ *Ibidem*, núm. 2.

⁷² *Supra* B.I *in fine*.

⁷³ *Supra* A.I y B.I.

tencias; y su *supervisión* o, lo que es lo mismo, su control; y 2) que la mención al principio de subsidiariedad ha de entenderse hecha, no al artículo 5 TCE (antes 3B), sino a la subsidiariedad como filosofía o criterio de razón que oriente esa distribución.

III. Principio de proporcionalidad

1. Sentido y alcance del artículo 3b, párrafo tercero, del TCE (según Maastricht)

El objeto del artículo 3 B párr. 3º TCE consiste, como se ha notado, en matizar o graduar el cómo ha de intervenir la Comunidad, es decir, con qué grado de intensidad («sin exceder nunca de lo necesario», afirma el precepto), tanto en el ejercicio de sus competencias exclusivas como concurrentes⁷⁴. Así, por ejemplo, en el plano de la intensidad o densidad normativa habría que preferir las Directivas a los Reglamentos, esto es, las normas básicas a las normas de detalle y desarrollo; el reconocimiento recíproco antes que una armonización; la primacía de la coordinación, del fomento y la cooperación sobre los preceptos materiales; y en general el acto no vinculante (Recomendación; códigos de conducta; acuerdos con interlocutores sociales; reconocimiento recíproco; etc.) a cualquier norma de contenido obligatorio y, desde luego, el apoyo financiero a la reglamentación; etc.⁷⁵. El principio de proporcionalidad (art. 3 B párr. 3º TCE) no pone en cuestión la intervención misma, sino la *forma* en que ésta ha de llevarse a cabo.

Sin que nos sea ahora permitido detenernos en un análisis más profundo, es evidente que este precepto ha recogido únicamente algunos de los aspectos que pueden derivarse del principio de proporcionalidad, y ello tanto desde el plano subjetivo —sólo se predica de la Comunidad, no de la acción de los Estados miembros—, como en el objetivo —no se refiere a la defensa de los derechos fundamentales, sino tan sólo al ejercicio de las competencias comunitarias—, e incluso desde la perspectiva de su contenido material se ha circunscrito a mencionar uno de los tres subprincipios que lo integran, el de «la necesidad de la intervención», también llamado el del «medio más moderado» o «principio de la mínima intervención» -sin aludir, en efecto, al criterio de la «utilidad» o «aptitud» de la acción comunitaria para alcanzar el fin que se persigue ni a «la ponderación de bienes e intereses» (o «proporcionalidad en sentido estricto»)⁷⁶. El precepto no ha agotado, pues, su

⁷⁴ *Supra* B.I.

⁷⁵ *Vid.* v. gr. el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 27 de octubre de 1992, cit., núm. IV.1; y, en particular el Protocolo introducido por el Tratado de Amsterdam: *supra* núm. I.2. Asimismo, cfr. el Protocolo introducido en el Tratado de Amsterdam (*supra* B.I.2).

⁷⁶ Ciertamente, el principio de necesidad presupone al de aptitud o utilidad; es decir: la Comunidad deberá elegir el medio más moderado (y por tanto necesario) de entre todos aquellos *útiles* o *aptos* para alcanzar el fin propuesto. Véase el número monográfico de *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.

dogmática ni la entera construcción jurisprudencial del TJCE que, por lo que hace a su proyección sobre los derechos fundamentales, sigue teniendo plena vigencia. El principio de proporcionalidad se proyecta, pues, sobre dos ámbitos diferenciados: el del ejercicio de competencias comunitarias (según el art. 3 B párr. 3º TCE) y el de los derechos fundamentales (conforme a la jurisprudencia del TJCE) ⁷⁷.

2. Deslinde conceptual entre el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha de auxiliar y completar cuanto dispone el principio de subsidiariedad en el control del ejercicio de las competencias comunitarias.

No faltan autores ⁷⁸ e incluso manifestaciones iniciales de los órganos comunitarios ⁷⁹ que propugnan una concepción amplia del principio de subsidiariedad (art. 3 B párr. 2º, hoy 5, TCE) comprensiva e integradora del principio de proporcionalidad (art. 3 B párr. 3º, hoy 5, TCE), conforme a la cual éste constituiría un elemento más de la subsidiariedad. Ciertamente, de ello no tiene por qué derivarse padecimiento alguno en el sistema de garantías que uno y otro representan. El resultado final será el mismo en su aplicación práctica.

Se trata, sin duda, de dos principios estrechamente emparentados, incardinados secuencialmente en uno de los preceptos centrales, según sabe-

⁷⁷ *Infra* núm. 3 siguiente.

⁷⁸ Vid v.gr.: BEUTLER/BIEBER/PIPKOM/STREIL, *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik*, cit., p. 229; U. PIEPER, «Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union?», *DVBl.* (1993), 705 (709); una glosa del citado informe de la Comisión, en P.M. SCHMIDHUBER, «Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht», cit.; y en iguales términos, P.M. SCHMIDHUBER/G. HITZLER, «Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag - ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft», *NVwZ* 1992, 720 (723).

Desde otro punto de vista, se han postulado opiniones radicalmente contrarias conforme a las cuales el principio de subsidiariedad constituiría un supuesto del principio de proporcionalidad; *vid.* J. SCHERER, «Subsidiaritätsprinzip und EG-Agrarreform», cit., pp. 281, 283.

Sobre el debate habido en torno a las relaciones entre los dos principios en el seno de la dogmática alemana, véase una visión panorámica en J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit., pp. 88 y ss.; y, en el plano de la actividad económica, M. HOFFMANN-BECKING, «Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot», en *FS für H.J. Wolff*, Beck, München, 1973.

⁷⁹ Cfr. el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el principio de subsidiariedad, *in totum*. Por ello, afirma en el núm. IV del citado informe que la subsidiariedad en cuanto reguladora de la «intensidad de la medida» (léase «principio de proporcionalidad») propugna que se elija aquel medio que menos restrinja las competencias de los Estados miembros y la libertad personal y del empresario. Más adelante, sin embargo, utiliza adecuadamente el término «principio de proporcionalidad» para referirse a la intensidad de la acción comunitaria.

El informe final del Consejo Europeo de Edimburgo, de 11-12 de diciembre de 1992, sin embargo, hace un uso riguroso y diferenciado de ambos principios (*vid.* el anexo I sobre la aplicación del principio de subsidiariedad).

La comisión en su Informe al Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993 sobre la adaptación del Derecho Comunitario vigente al principio de subsidiariedad distingue con mayor precisión dogmática — y e un claro giro de su posición original — entre un principio y otro (cfr. núm. I.1, II.1 y III).

mos, para la comprensión del sistema competencial comunitario, el artículo 3 B TCE (hoy, art. 5), novedoso, sin duda, en el Derecho positivo (el de subsidiariedad, como principio general en el ámbito competencial carecía del rango de principio no escrito; el de proporcionalidad, en cambio, gozaba ya de un amplio reconocimiento jurisprudencial como principio general no positivado del Derecho comunitario, aunque circunscrito a la esfera de los derechos fundamentales⁸⁰. Ambos tienen claros rasgos en común: presumen la existencia de una competencia atribuida a la Comunidad; ni uno ni otro pretenden frenar la integración europea o congelar las competencias comunitarias en su estado actual, sino, por el contrario, controlar su ejercicio⁸¹. Persiguen, en efecto, limitar la acción del poder público —en nuestro caso, la comunitaria— y sujetarla a parámetros de racionalidad; otorgar el máximo grado de libertad al individuo, a la sociedad, y al nivel inferior de poder; etc.⁸². Su aplicación secuencial en la práctica conduce, en ocasiones, a una cierta difuminación de sus perfiles dogmáticos. Su ubicación sistemática parece incluso representar una confirmación de su proximidad.

La frontera o deslinde entre ambos principios, como ha quedado apuntado, podría fijarse, sin embargo, a partir de la siguiente premisa: la subsidiariedad responde a la pregunta de *cuándo* es lícita la intervención pública o la de una concreta instancia de poder. La proporcionalidad da respuesta, en cambio, a la cuestión de *con qué medio* es legítima tal intervención. La proporcionalidad se cuestiona la legitimidad de los «medios» en relación con un «fin» que le viene ya predeterminado, en tanto que la subsidiariedad enjuicia el «fin» en sí mismo; o, en otros términos, «si es legítimo intervenir» o, por contra, no hay razón para ello; y, en caso positivo, aquélla se preocupará por el «cómo» podría ejercerse el poder estatal⁸³. La subsidiariedad determina los presupuestos legitimantes de la intervención y el nivel o escalón al que corresponde; la proporcionalidad la intensidad de su ejercicio.

⁸⁰ *Infra* núm. 3 siguiente.

⁸¹ Cfr. ZULEEG, «Die Stellung der Länder und der Regionen im europäischen Integrationsprozeß», *DVBt*, 20 (1992), cit., p. 1336.

⁸² A la proporcionalidad se le podría llamar «subsidiariedad de los medios» y a la regla del artículo 3 B párr. 2º TCE «subsidiariedad de los fines».

En cierto modo, podría decirse en términos muy amplios que la subsidiariedad viene a asumir en el ámbito competencial la función que atiende el principio de proporcionalidad en el plano de los derechos fundamentales (defensa o libertad; restricción de la acción estatal a lo imprescindible); en tal sentido, J. LAITENBERGER, «Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Verfassung», en la obra colectiva *Deutschland auf dem Weg in die europäische Union* cit., p. 111. No obstante, el reconocimiento del principio de proporcionalidad en el ámbito competencial (art. 3 B, párr. 3º TCE) hace innecesaria tal observación.

⁸³ Así, en la concepción de DÜRIG: «Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat», *JZ* 1953, pp. 193 y ss. (199).

Desde el punto de vista de la dogmática constitucional alemana, el principio de proporcionalidad, en cierto sentido, es de carácter formal, puesto que se centra en la relación medio-fin; el de subsidiariedad exige una decisión básica interna, de ahí que requiera una concreción normativa para su aplicación al caso concreto. Es más *ratio legis* que *lex*, en tanto que la proporcionalidad resulta inmediatamente aplicable y goza de una carácter normativo pleno; cfr., J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit., pp. 91-92.

Tal secuencia lógica —*cuándo* y, en su caso, *cómo*— parece lucir en el propio TCE: el artículo 3B, hoy 5, TCE sienta, en primer lugar, los criterios en virtud de los cuales es válida la intervención comunitaria en el ámbito de las competencias no exclusivas, es decir, *cuando* los objetivos de la acción pretendida no puedan alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros y, además, puedan lograrse mejor a nivel comunitario (párr. 2º). Seguidamente, el precepto añade *cómo* habrá de ser la intervención: ninguna acción de la Comunidad, y, por tanto, tampoco las acciones subsidiarias, excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado (párr. 3º). En suma, pues, a la pregunta del *cuándo* responde el precepto: en los casos de insuficiencia y mayor eficacia; y a la cuestión del *cómo*, afirmará: sin exceder en ningún caso de lo necesario o indispensable⁸⁴.

Sin embargo, el deslinde entre ambos principios dependerá en última instancia de la amplitud con que sean concebidos. Así, sólo un concepto muy amplio de subsidiariedad podría albergar en su interior a la proporcionalidad —«subsidiariedad de los medios» o de los instrumentos a utilizar por el poder público (el medio más gravoso o intenso será «subsidiario» del más suave, podríamos decir)—; la subsidiariedad demandaría, por sí misma, que el poder público escogiera el instrumento menos intervencionista o lesivo, sea respecto del individuo o del escalón inferior de poder. No obstante ello, una versión tan amplia carece de apoyo positivo y, lejos de entrañar ventajas de ningún género, contribuye a la difuminación dogmática de ambos principios. Parece, pues, más riguroso, en consecuencia, apostar por una concepción estricta que, sin perjuicio del reconocimiento de sus similitudes, permita su uso e invocabilidad autónomos.

3. La proporcionalidad en el plano competencial y en el ámbito de los derechos y libertades

El Derecho comunitario conoce las dos facetas en que puede desenvolverse el principio de proporcionalidad: como escudo de protección de los derechos subjetivos y como parámetro de ejercicio de competencias comunitarias. De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE⁸⁵, en línea por lo demás con la del TEDH⁸⁶, el principio de proporcionalidad postula que, en la hipótesis de que haya varios medios posibles para alcanzar el objetivo establecido por el Tratado, se escoja aquel que resulte menos gravoso para el ciudadano. Se mueve, pues, en el plano de la defensa de los derechos fundamentales⁸⁷. Por su parte, el artículo 3 B párr. 3º

⁸⁴ La idea de la *necesidad* que de algún modo subyace a los dos principios no constituye un disolvente que desdibuje los contornos de uno y otro. El criterio de la necesidad opera con una perspectiva diversa en cada caso. En el supuesto de la subsidiariedad, determinará si es legítima o no la acción comunitaria (léase, necesaria); en relación con la proporcionalidad, por contra, decidirá la intensidad de la acción (esto es, el grado de intervención que es necesario). De otra opinión, U. PIEPER, «Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union?», cit., p. 709.

⁸⁵ Cfr., v. gr., D.-U. GALETTA, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998), pp. 75 y ss.

⁸⁶ Cfr. B. FASSBENDER, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *ibidem*, pp. 51 y ss.

⁸⁷ Para un estudio más profundo, véase el número monográfico de *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.

TCE contiene una singular regulación del principio de proporcionalidad, circunscrita al ámbito competencial⁸⁸. Según el Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht⁸⁹, el principio de proporcionalidad del artículo 3 B TCE, aunque contenga en primer término una prohibición de exceso en el ámbito de los derechos fundamentales, tiene también cabida en el seno de una Comunidad de Estados —que no constituyen ni forman una unidad estatal— al objeto de limitar la intensidad de la regulación comunitaria en defensa de la identidad nacional (art F.1, hoy 6.3, TUE)⁹⁰. Tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (1.XI.1993) la Comunidad se ha visto vinculada a la observancia del principio *también* en sus relaciones competenciales con los Estados miembros⁹¹.

Para ahondar en el sentido del principio de proporcionalidad en el plano de los derechos y libertades, el punto de partida hay que situarlo en el significado que tiene en la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal de Luxemburgo, es decir, como límite frente a la actividad limitadora de los derechos fundamentales a fin de filtrar o moderar el sacrificio. El principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, bajo un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta *a priori absolutamente* inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir *a todas luces* otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo *con igual grado de eficacia*; o desproporcionado en sentido estricto, por generar *patentemente* más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego. Es al fin elegido por la norma o en su aplicación al que hay que hacerle hablar, el que nos dirá si el medio adoptado quiebra solemnemente los criterios apuntados.

Conviene distinguir la proyección del principio en el plano de distribución vertical del poder, presente en algunos sistemas competenciales, de su incidencia en el ámbito de los derechos y libertades. Así, en el Derecho comunitario, y al margen de su función de límite frente a la actividad limitadora de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros sobre los derechos que aquél garantiza, encierra otra vertiente, que es la que aquí interesa: como parámetro de control del ejercicio de las competencias comunitarias (artículo 3 B párr. 3ª TCE), cuyo objeto consiste en matizar o graduar *cómo* ha de intervenir la Comunidad. Nuestro orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y

⁸⁸ La jurisprudencia constitucional alemana niega rotundamente la aplicación del principio de proporcionalidad al ámbito de distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*. Vid., por todas, BVerfGE 79, 311 (314); 81, 310 (338); y la importante *Sentencia Rastede*, BVerfGE 79, 127 y ss. Respecto de la autonomía local, en la medida en que ésta ocupa una posición análoga a la de los derechos fundamentales, sí le sería de aplicación, pese a que esta proyección resulte controvertida.

⁸⁹ BVerfGE de 12 de octubre de 1993, II.3.d.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Así, ZULEEG, «Die Stellung der Länder und der Regionen im europäischen Integrationsprozeß», *DVBl.*, 20 (1992), p. 1334.

las Comunidades Autónomas, sin embargo, dista mucho a estos efectos de las coordinadas en que se mueve el sistema comunitario o el modelo federal, cuando menos en lo que hace al reparto entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁹². La exigencia de una intervención proporcionada puede tener mayor sentido cuando, como en el Derecho comunitario, se comparte un *espacio común* entre dos instancias, a través de la técnica de las materias concurrentes. En tal caso, la norma puede disponer que la «ocupación» de ese terreno por la instancia superior sea la estrictamente necesaria en el espacio y en el tiempo, en su extensión e intensidad; etc.⁹³.

IV. *Una reflexión final*

El balance de la consagración de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a raíz del Tratado de Maastricht resulta, a nuestro juicio, moderadamente positivo, tanto en el plano jurídico (art. 5 TCE y la práctica subsiguiente), como político (sea como declaración en el TUE, en Protocolos o Declaraciones, o como doctrina o argumento).

Uno y otro, cada uno a su modo, según su respectiva fisiología y relevancia, han operado como filtro adicional a un genérico principio de competencias de atribución no basado en listados, sin servir, por otra parte, de fácil justificación de una mayor intervención. De hecho, en el plano jurídico, y después de su inserción en un procedimiento destinado a asegurar la participación de las instituciones en la apreciación de la concurrencia de sus presupuestos, ha servido de verdadera catarsis del Derecho comunitario; de examen público de conciencia acerca de la preexistencia de competencias y de la suficiencia de los motivos que acrediten la intervención subsidiaria y proporcionada. Ha actuado como un revulsivo para simplificar o derogar buena parte del acervo comunitario y, en definitiva, de disciplina para el propio Consejo.

De otro lado, se halla presente de continuo en el debate político, bien como regla de razón que ha de presidir el proceso de reformas y una más precisa delimitación de competencias entre los Estados y la Unión Europea (v.gr.: Declaración 23ª del Tratado de Niza), bien como argumento en los múltiples encuentros, sesiones, audiencias, o documentos y estudios que se llevan a cabo bajo el manto de la Unión.

Es preciso subrayar, con todo, que los tres principios generales que han fermentado hoy en el artículo 5 TCE no pueden soportar todo el peso del

⁹² Por lo que se refiere, en cambio, a las Corporaciones locales y a la existencia de algunos elementos emparentados con la lógica de la proporcionalidad frente al desapoderamiento legislativo de la esfera competencial local, puede verse mi trabajo «Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución», en *Anuario del Gobierno Local* (1997), pp. 53-97, particularmente, 78 y ss. y 95-96.

⁹³ También cuando la Comunidad ejerce competencias exclusivas, por expreso mandato del artículo 3B TCE, según Maastricht. Téngase en cuenta que el proyecto de Tratado de Amsterdam ha incorporado un Protocolo, como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, sobre aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad (cfr. en particular núms. 6 y 7).

complejo sistema de reparto competencial. Y no es así, como sabemos. No obstante ello, la distribución de competencias entre los Estados y la Unión Europea se halla urgida a una mayor justificación y delimitación, como ha reconocido la misma Conferencia en la citada Declaración, y ello, a nuestro juicio, tanto, primero y ante todo, a nivel horizontal, entre las distintas instituciones, cuanto verticalmente, en relación con la esfera competencial de los Estados miembros.

C. EL DEBATE INSTITUCIONAL O POLÍTICO Y LA DISCUSIÓN ACADÉMICA SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

I. *Una nota sobre el debate académico. Enfoques metodológicos*

La distribución de competencias entre la Unión Europea y, más en concreto, entre la Comunidad y los Estados constituye un tema clásico para la doctrina del Derecho público. Aquí, como en otros terrenos, dejan sentir su influencia las propias categorías nacionales y sensibilidades constitucionales, cuando no las distintas perspectivas metodológicas.

A mero título de ejemplo, y por justa convención, podrían traerse a nuestra consideración dos tradiciones y enfoques diversos. Uno, el de la cultura anglosajona, con un análisis fenomenológico o práctico, que podríamos simbolizar en el Profesor J.H.H. WEILER. El otro, más característico de la cultura europeo-continental, y con una fuerte carga dogmática o doctrinal, en el Profesor P. KIRCHHOF.

1. Para el primero, la óptica fenomenológica supone acercarse al tema de un modo diverso a como lo haría un manual, e indagar el funcionamiento real del sistema competencial en una organización política como la Comunidad; sus conexiones con otras estructuras y procesos; y explorar algunos de los aspectos normativos que esta cuestión encierra ⁹⁵.

Desde ese ángulo, identifica el primer y más importante dilema consistente en la coexistencia de dos mundos irreconciliables en el plano de la distribución de competencias: el mundo de lo «funcional» y el mundo «esencialista». Para el primero, el reparto o división obedece a razones de eficacia (el «mejor», «más eficiente» o «más racional» nivel de gobierno). Para el segundo, en cambio, las fronteras de esa división no son sino una expresión de valores inviolables (defensa de las comunidades o unidades más pequeñas frente a las superiores; balance frente a la concentra-

⁹⁴ *Supra* B.II.1.2.b).

⁹⁵ *Vid.*, por ejemplo, su trabajo «The Union and the Member States: Competences and Sovereignty», presentado en la *Associazione Italiana Costituzionalisti*, Convegno Annuale 1999, Perugia 7-9, 1999, en <http://www.cesgium.org/991009/weiler.htm> (visitada en julio de 2001). Un elenco de los artículos más representativos del autor puede verse en su página web: <http://dev.law.nyu.edu/faculty/profiles/fulltime/weilerj.html> (visitada en octubre de 2001).

ción del poder; etc.), al igual que acontece con los derechos fundamentales y, en consecuencia, esas «fronteras fundamentales» resultan indisponibles. Ahora bien, todos los sistemas compuestos padecen de una cierta esquizofrenia (Estados Unidos, Canadá, Alemania, la Unión Europea) en un intento de dosificar o combinar ambas concepciones. El mismo artículo 5 TCE constituye un perfecto ejemplo de esa tensión: mientras el primer párrafo (competencias de atribución) es representativo del mundo esencialista, los párrafos segundo (subsidiariedad) y tercero (proporcionalidad) obedecen a la tesis funcional. La experiencia comparada demuestra que no basta con la consagración en un texto de una técnica o principio «esencialista», de una «frontera fundamental», como la que expresa el artículo 5, párrafo primero, TCE, sino que, a la postre, resulta determinante la ética legal y política que anima a los poderes públicos. La experiencia federal pone de relieve que, aun cuando todos digan profesar la fe esencialista, en verdad no la practican: los órganos centrales (legislativo, ejecutivo y judicial) terminan por actuar inspirados por instintos funcionales (ya que gobiernan, quieren ser eficaces).

El binomio «soberanía-competencia» se presenta como una segunda tensión dialéctica. Es común contemplar la relación entre la Comunidad y los Estados miembros desde una visión estrecha, según la cual la transferencia de poder hacia la Comunidad supone correlativamente una pérdida o erosión competencial de la esfera estatal. Se olvida, sin embargo, que en no pocos ámbitos la soberanía nacional es ilusoria y que una transferencia hacia arriba o un incremento del acervo comunitario no hace sino fortalecer la posición de los Estados nacionales, señaladamente cuando éstos tienen un papel destacado en el ejercicio de las competencias de la Comunidad⁹⁶. La clave reside en comprender la relación entre tres elementos, a saber: competencias, proceso de toma de decisiones y legitimidad, y así determinar en qué grado éstos pueden ser modelados. De ahí, recordará el autor, la utilidad de una opción por una óptica fenomenológica, más que doctrinal.

Las tesis del autor pueden sintetizarse como sigue:

La premisa constitucional radica en que la Comunidad fue concebida como un clásico sistema de competencias de atribución, aunque sin una enumeración expresa de competencias. La asignación es funcional, bien sea de forma implícita, o explícita (art. 235, hoy 308, TCE). La división de competencias es un principio constitucional relevante y el Tribunal de Justicia es competente para conocer de los recursos por incompetencia (art. 173, hoy 230, TCE).

Pese a ese punto de partida, la práctica constitucional hasta el final de la década de los ochenta se caracteriza por un creciente proceso de erosión de las garantías constitucionales establecidas para disciplinar el ejercicio de las competencias comunitarias. Mientras en la experiencia federal el centro ha crecido a costa de la periferia, en la Comunidad, sorprendentemente, la erosión se produce a manos de los Estados miembros, cuando dominan y dirigen el proceso político de la Comuni-

⁹⁶ Es bien conocido el ejemplo de los Bancos centrales antes de la unión económica y monetaria: cuando el Banco central alemán bajaba los tipos de interés, la «soberanía» de Bancos centrales, como los de Bélgica u Holanda, entre otros, duraba apenas unos minutos hasta que adoptaban, inexorablemente, las medidas necesarias.

dad. El balance final es negativo y, desde luego, falso: al margen de los hábitos creados, es una falacia identificar al Estado con su Gobierno. Téngase en cuenta que la mayor parte de las garantías que las Constituciones nacionales consagran se alzan frente a sus Gobiernos respectivos; aquí, sin embargo, en el marco de la Comunidad, se confía en el Gobierno como el valedor de la identidad nacional. Se entiende que los Gobiernos hayan estado interesados por expandir las competencias comunitarias, puesto que ese crecimiento les permitía ganar protagonismo a expensas de sus respectivos parlamentos y obviando así otras trabas o restricciones internas. El Tribunal de Justicia asistiría con pasividad a este proceso, sin que en ningún momento anulara acto alguno por *ultra vires*, cuando no se halla en juego, como se tiende a creer, tan sólo la soberanía del *Estado*, sino la soberanía del *individuo*.

En la década de los noventa se forja una nueva premisa constitucional. El Acta Única Europea simboliza el cambio e instaura la regla de la mayoría. Aunque se aprecie una nueva actitud, no sería fácil reconstruir las garantías constitucionales y restaurar el *ethos* de los principales actores, hasta entonces «corrompidos». La práctica constitucional de esos años se caracteriza por el intento de fortalecer esas debilitadas garantías en el ejercicio de las competencias comunitarias, aunque el resultado no será el deseable. Las razones estriban en la aludida tensión entre la concepción esencialista y la funcional; en la dificultad para diseñar un esquema constitucional basado en listados de competencias; y en la deficiente cultura política de los actores principales. En este último sentido, el Parlamento actúa como si la Comunidad fuera un Estado y la Comisión un Gobierno, ambos con plenos poderes; la Comisión no coadyuva en realidad al principio de atribución de competencias, pues se sirve de la «regla» de la subsidiariedad para intervenir, si así se desea, como para lo contrario, si no quiere actuar. Los Gobiernos nacionales sí se muestran más sensibles al problema competencial, sobre todo cuando la competencia en cuestión afecta a sus intereses, aunque, en términos generales, no han superado una visión miope y oportunista, no se mueven a instancias de principios constitucionales. Los Parlamentos nacionales siguen ratificando todo cuanto la Comunidad hace, creyendo que así demuestran su soberanía. El Tribunal de Justicia, aunque más preocupado por esta problemática, ha perdido su credibilidad como gendarme federal; los tribunales constitucionales nacionales tampoco son capaces de ofrecer la respuesta adecuada, puesto que su jurisprudencia, aunque firme en ocasiones, sigue anclada en moldes denostados, en la creencia de que su papel consiste en defender la integridad de su orden constitucional frente a los desafueros de la Comunidad, olvidando que, así como la Comunidad ha de reconocer e internalizar las sensibilidades constitucionales, la jurisprudencia nacional ha de ser adecuada o idónea, no ya para un país, sino para la Comunidad en su conjunto.

Serán necesarias nuevas bases constitucionales, concluirá el autor, que instauren un nuevo diálogo entre los actores constitucionales, en particular, entre los tribunales. De entrada, podría ser de utilidad un Tribunal Constitucional comunitario, separado del Tribunal de Justicia, según el modelo continental. De otro lado, convendría abandonar el discurso cartesiano, formal, de muchos tribunales de corte europeo-continental; el estilo narrativo y analítico del razonamiento judicial característico del modelo anglosajón aportaría una mayor transparencia y capacidad de articular su diálogo con los tribunales constitucionales nacionales. Por el contrario, el estilo cartesiano es impermeable o incompatible con la idea de diálogo desde el momento

en que el órgano jurisdiccional hace derivar su razonamiento supuestamente de la ley, con una lógica implacable. Los altos tribunales nacionales debieran plantear más cuestiones previas, incluso con propuestas razonadas a la luz de la respectiva sensibilidad constitucional, para que el Tribunal de Justicia pueda asimismo hacerse cargo mejor de esa perspectiva. Tanto los tribunales constitucionales nacionales como el Tribunal de Justicia debieran practicar el «imperativo categórico europeo», es decir, una práctica en la que cada uno intenta examinar su decisión desde el punto de vista de su viabilidad como solución constitucional *universal* para toda la Comunidad, teniendo en cuenta, desde luego, las sensibilidades y principios en conflicto.

Otra propuesta, en fin, no incompatible con la anterior, consistiría en crear un Consejo Constitucional que conozca exclusivamente de asuntos competenciales, integrado por el Presidente del Tribunal de Justicia y por miembros de los altos tribunales nacionales (constitucionales o equivalentes) y cuyas decisiones se adopten por mayoría.

2. Para ilustrar la perspectiva doctrinal y dogmática, característica de la cultura jurídica continental, cabría seleccionar algunas de las ideas fundamentales del pensamiento de P. KIRCHHOF sobre esta temática ⁹⁷.

Para este autor, cualquier reflexión sobre la distribución de competencias entre los Estados y la Comunidad Europea ha de tener en cuenta con carácter previo la tradición cultural de occidente y su concepción de los derechos fundamentales, tan enraizada como está en el principio de la división de poderes. Pero más importante aún es determinar si la Unión Europea entraña una nueva forma de división de poderes entre los Estados y las instituciones europeas.

Los Estados miembros se constituyeron en una suerte de organización o comunidad para desempeñar conjuntamente algunas de sus competencias, para ejercer en común esa soberanía, es decir, para compartirla con las Comunidades Europeas. Los Estados mantienen celosamente esa tradición europea que anuda la división de poderes a la defensa de los derechos fundamentales. Mientras tanto el poder de la Comunidad ha experimentado una creciente eclosión. Con todo, sus competencias se hallan más orientadas hacia el mercado global y la eficiencia económica y menos hacia el individuo y el desarrollo de la personalidad humana. Los Estados garantizan la libertad a través de los derechos fundamentales protegidos también por la división de poderes. La libertad de los ciudadanos de la Unión, por el contrario, se expresa básicamente por medio de las libertades del mercado.

Cuatro son las funciones clásicas que al principio de división de poderes en cuanto canon le ha cabido cumplir: 1) la división del poder político, los límites y la tasación de su ejercicio es una *garantía de la libertad*; 2) la división del trabajo, la determinación del órgano competente sirve de contrapeso entre poderes y expresa una *racionalidad en el reparto*; 3) el principio asegura la *continuidad del Derecho*, esto es, la dimensión temporal de la acción estatal: el legislador mira al futuro; la Administración al presente; y la jurisprudencia al pasado; y 4) constituye un instrumento para la *cooperación entre poderes*, puesto que la separación no es sino un paso previo para la cooperación.

⁹⁷ Vid. «Gewaltenbalance zwischen europäischen und mitgliedstaatlichen Organen», en *Gewaltenteilung heute* (editor J. Isensee), 112 Heidelberg Forum, Müller Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 99-121.

La división de poderes posee la virtualidad de organizar la acción del Estado en torno a tres cometidos esenciales: la protección de las libertades y la garantía de la dignidad humana; la racionalización de la efectiva capacidad de respuesta y de actuación; y el aseguramiento de la continuidad del Derecho. Ahora bien, la división de poderes es una idea-fuerza, un principio básico que requiere de la colaboración de otros criterios y de la norma fundamental para su efectividad. Parece claro que toda comunidad o Estado habrá de encontrar la fórmula adecuada, la expresión justa en cada caso de este principio. Constituye, como otras grandes cuestiones, un eterno problema en permanente crisis y reforma que ha de ser afrontado, en cada tiempo y lugar. Los cambios o tendencias que hoy día se advierten y que requieren un tratamiento específico y actualizado son, entre otros: 1) la sustitución del dualismo Parlamento-Ejecutivo por una especie de monismo parlamentario y la consiguiente relativización de la división entre esos dos poderes, compensada por una cierta unidad de acción de ambos y el antagonismo entre Gobierno y oposición; 2) junto al pueblo, como única magnitud, surgen otros factores de poder, como partidos, asociaciones o grupos sociales, cuyo influjo en la democracia de masas estructurada en partidos supone una amenaza a la soberanía interna del Estado; y 3) la incomparable escalada del tercer poder: cada ley necesita de un complemento, de la interpretación y aplicación judiciales; la jurisprudencia corona cada ley porque la integra y complementa e incluso en ocasiones hasta en cierto modo llega a representarla.

Así las cosas, de inmediato emergen numerosas cuestiones en relación con la división de poderes y Europa. Entre otros interrogantes, cabría formular las siguientes: ¿Será el Consejo Europeo el que absorba y protagonice la tendencia hacia ese monismo parlamentario? ¿Se puede hablar todavía de un pueblo, en el marco de un Estado, entendido como unidad, y del que emana todo el poder, o, por el contrario, hemos de enfrentarnos a otras fuentes o formas de legitimación, como las que se fundarían sobre los pueblos de los Estados miembros, o el pueblo europeo, aun cuando el ciudadano de la Unión carezca de fuerza legitimadora frente a las instituciones europeas? ¿Pueden seguir entregando los Estados miembros su soberanía interna a tales instituciones, cuando éstas apenas tienen relación con los partidos y los ciudadanos de los Estados miembros y, en cambio, buscan el diálogo con las grandes empresas, asociaciones y grupos sociales a nivel europeo? ¿Representa la escalada o crecimiento del tercer poder una condición o presupuesto para el desarrollo de la Unión Europea, que ha tenido, sin embargo, en el Tribunal de Justicia a su motor? ¿Exige el déficit democrático de los órganos legiferantes de la Unión y el escaso control parlamentario, como compensación, un más fuerte control judicial? ¿Quién habría de ejercer ese mayor control? ¿El Tribunal de Justicia o los tribunales nacionales? ¿Habrá que experimentar nuevas formas de cooperación interna entre las distintas jurisprudencias constitucionales?

En este contexto, uno de los clásicos elementos de la división de poderes —las distintas funciones encomendadas al legislativo y ejecutivo— podrían adquirir un nuevo significado en las relaciones entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros, puesto que la aplicación queda en buena medida en manos de los Estados miembros. Igualmente la fundamental distinción, tanta veces minusvalorada, entre legislación y financiación, también entre competencia administrativa y financiera, cobraría nueva fuerza en el plano europeo, habida cuenta de que las instituciones europeas, aun cuando dispongan de una relevante competencia normativa, cuentan con un limitado poder financiero. Finalmente, la lógica de la sub-

sidiariedad podría erigirse en signo distintivo y en presupuesto para la delimitación de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea. En tal sentido, el modelo de delimitación entre Federación y *Länder*, o el del reparto entre la Cámara Baja y el Gobierno Federal, de un lado, y el Consejo Federal, de otro, podrían ser de utilidad, sin que se pretenda una mimética traslación.

La división de poderes entraña una separación o reparto en el seno de un todo estatal jurídicamente constituido. Sin embargo, esa misma idea se proyecta con frecuencia sobre las instituciones comunitarias, siendo así que sus competencias no hunden sus raíces en una Constitución estatal que asigne o delimite las funciones entre los distintos poderes, sino que, por el contrario, encuentran su base o asidero en los Estados miembros, sus respectivos pueblos soberanos y en sus Constituciones, eso sí, abiertas hacia Europa. El poder del Tribunal de Justicia se desprende de las Constituciones nacionales, aunque no quede a ellas vinculado.

Hay una primera división de poderes que es la que determina el nacimiento y evolución del Derecho Europeo y que reside en el *poder constituyente* de los pueblos de los Estados miembros y del poder que deriva del Tratado, en interacción entre las instituciones europeas y los Estados. El poder de que dispone la Unión Europea se halla condicionado por el constituyente. La Unión Europea se mueve en el marco de las Constituciones nacionales. Pues bien, ese equilibrio o balance puede verse seriamente comprometido cuando se aspira a que Europa crezca de la mano de una «Constitución europea» o de un «Tratado constitucional». Con ello se olvida que el Derecho reserva esos términos para el supuesto en que un pueblo soberano se da a sí mismo un ordenamiento fundamental para la vida en común, a partir del cual se construye todo el ordenamiento jurídico y a cuyo trasluz éste habrá de examinarse. Si a las Constituciones nacionales (con su apertura hacia Europa o, en su caso, con sus respectivas condiciones sobre el futuro de la Unión) se les opone una Constitución Europea, quebrará la pretensión de validez y eficacia que aquéllas persiguen. En efecto, la Constitución (alemana) pretende vincular o condicionar el Tratado de la Unión, sus pretensiones no se dirigen contra otras Constituciones. De ahí que sea preciso reservar el concepto de Constitución exclusivamente para el ordenamiento fundamental de un Estado. Piénsese en los derechos fundamentales. La Unión se obliga a respetarlos y a reconocerlos de acuerdo con las dos fuentes donde se asientan: los valores comunes de las Constituciones nacionales y el Convenio. El problema fundamental de una carta o catálogo reside en la amplitud que quiera dársele a su vinculación. Si vinculan, como hasta ahora, a las instituciones europeas, no padece entonces el factor constitucional de los Estados miembros. Pero si lo que se pretende es que también vinculen a los Estados miembros se comunitarizaría su satisfacción en lo que hace a instituciones y canon. Se perdería la riqueza de la cultura de los derechos fundamentales que hoy es dable reconocer en las Constituciones nacionales, su diversidad, el distinto contenido y alcance y hasta su justiciabilidad en el plano nacional. Por otro lado, la experiencia federal alemana demuestra que los clásicos derechos de libertad despliegan un fuerte efecto uniformizador. Si se trata de derechos de participación o de carácter prestacional, su procura y protección multiplicará las competencias comunitarias, hasta ahora en manos de los Estados miembros.

El moderno Derecho constitucional ha descubierto un nuevo elemento en la división de poderes cuando los Estados se abren expresamente hacia Europa: el poder europeo. Y es que, en efecto, además del poder del Estado, emerge el poder pú-

blico europeo, cuya legitimación, estructuración y canon para medir la licitud de su acción no se han de encontrar ya tan sólo en las Constituciones nacionales. Ello significa que el Derecho comunitario tiene ante sí el reto de reordenar y delimitar el poder europeo y el nacional. Las funciones clásicas de la división de poderes a las que antes se ha aludido (defensa de la libertad; racionalización de las funciones y competencias; puente entre continuidad, justicia del presente y control retroactivo; y cooperación) entran en un nuevo campo de aplicación.

Cómo puedan proyectarse esas funciones tradicionales en la construcción europea, qué refracciones hayan de experimentar, son interrogantes a los que la doctrina ha de entregarse. Las pinceladas que, a este propósito, traza KIRCHHOF se resisten a una breve síntesis⁹⁸, por lo que resulta obligada la remisión a su lectura, habida cuenta además la finalidad de las presentes páginas y lo limitado de este espacio.

3. Valga este sencillo y convencional muestreo para subrayar finalmente la necesidad de la convergencia de métodos jurídicos en pro de un debate más fructífero; de la perspectiva pluridisciplinar; y de la apertura a las distintas sensibilidades constitucionales y culturas jurídicas, a fin de hallar un mayor consenso en la búsqueda de soluciones.

II. *El debate político e institucional*

El debate político e institucional, en el marco de la Unión, en torno a estas y otras cuestiones colaterales resulta incesante: las audiencias⁹⁹, seminarios, documentos de trabajo, libros blancos¹⁰⁰, etc., se suceden de continuo¹⁰¹, retroalimentando a su vez el debate académico¹⁰². Las propuestas y los análisis abarcan todos los ámbitos y las perspectivas¹⁰³.

⁹⁸ *Ob. cit.*, pp. 110-121.

⁹⁹ V. gr.: *Public Hearing*, 16 March 2001, Brussels, *European Governance: Moving Towards a Better Use of Subsidiarity and Proportionality* (cfr., p.ej., *The European Union On-Line*, en http://europa.eu.int/index_en.htm —visitada en julio de 2001).

¹⁰⁰ El *Libro Blanco del Gobierno Europeo*, de 25 de julio de 2001 (COM 2001) 428, de obligada lectura, no se ocupa del quién debe hacer qué, sino en el cómo del ejercicio de competencias comunitarias (cfr., v. gr., en http://www.europa.eu.int/comm/governance/index_en.htm).

En lo que aquí interesa, conviene registrar que el Libro Blanco aboga por una mejor delimitación de las funciones de cada institución comunitaria (poder de iniciativa; legislativo, en clave principalista; y Administración, en esencia indirecta). Asimismo, postula el fortalecimiento del denominado «método comunitario». En resumen, una mejor distinción de planos —legislativo y ejecutivo— y principios competenciales claros (no listas) para disciplinar el reparto entre la Unión Europea y los Estados. Como telón de fondo, la apuesta por la compartición de competencias.

¹⁰¹ Véase, a título de ejemplo, la página web abierta por la Comisión sobre el tema del Gobierno europeo, la *Governance Web*, precisamente en relación con el *Libro Blanco del Gobierno Europeo*: http://www.europa.eu.int/comm/governance/index_en.htm (visitada en octubre de 2001).

¹⁰² Así, por ejemplo, y respecto del *Libro Blanco sobre el Gobierno Europeo* (cfr. nota anterior), *vid.* el *Symposium: Responses to the European Commission's White Paper on Governance* (que parte de los *Jean Monnet Working Paper*, N° 6/01) y las aportaciones allí vertidas, en términos generales muy críticas (cfr. en la web citada en nota anterior).

¹⁰³ *Vid.*, p.ej., ahora *Governance in the European Union*, Edited by Olivier De Schutter, Notis Le-bessis and John Paterson, 'Cahiers' of the Forward Studies Unit. European Commission.

Las discusiones sobre la ampliación esconden problema de más hondo calado. Lo que se hallaba en juego en Niza era el equilibrio de poderes en Europa. Detrás de la jerga un tanto esotérica sobre la composición del Parlamento y de la Comisión, los votos y la cooperación reforzada, entre otras cuestiones, el problema que late no es sino el del reparto o división de poderes. Así, las negociaciones sobre el voto mayoritario cualificado reflejaban las relaciones entre las tendencias gubernamentales y las supranacionales en el seno de la Unión. O la cooperación reforzada remitía a la posibilidad de establecer un grupo de cabeza, una suerte de Directorio, en la Europa del futuro. En suma, pues, la distribución de poderes entre los Estados miembros y la Unión Europea¹⁰⁴. Tanto el hecho de que las instituciones europeas, en particular la Comisión, no hayan visto aumentadas sus competencias en materias políticas relevantes (como la seguridad), como las luchas por la representación nacional en el seno de aquéllas no son sino una demostración de la desconfianza de los Estados miembros hacia los procedimientos de adopción de decisiones a nivel supranacional¹⁰⁵.

En tal contexto, la Declaración 23^a, sobre el futuro de la Unión, incluida en el Acta Final de la Conferencia, anuncia una nueva conferencia intergubernamental para el año 2004. Las cuestiones que habrán de abordarse son, sin duda, de naturaleza constitucional: la delimitación de las esferas competenciales entre la Unión y los Estados miembros; el estatuto de la Carta de Derechos Fundamentales; la simplificación de los Tratados; y la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea. El dilema ya está planteado: ¿se aprovechan estos años para establecer una estructura institucional más sólida que garantice un mínimo de cohesión, habida cuenta la menor homogeneidad que habrá de resultar de la ampliación? O, por el contrario, ¿se dejan las cosas estar y que evolucionen a su propio ritmo, aunque terminarán por desembocar en un área de libre comercio? En otras palabras: ¿la opción constitucional o la intergubernamental? No faltan autores que entienden que la citada Declaración de Niza es un signo de que la mayor parte de los Estados, aunque por diferentes razones, ha apostado por la primera¹⁰⁶. Y si ello es cierto, si la Unión está decidida a dar un paso de naturaleza constitucional, habrá que precisar los temas objeto de reforma (y las cuatro áreas señaladas en la Declaración suponen ya un ambicioso punto de partida), así como los instrumentos a su servicio. Al margen de que se entienda o no que los Tratados y la interpretación que de ellos ha

¹⁰⁴ Cfr. X.A. YATAGANAS, «The Treaty of Nice. The Sharing of Power and the Institutional Balance in the European Union – A Continental Perspective», en *Harvard Jean Monnet Working Paper* 01/01, *vid.*, v.gr., en *2001 Jean Monnet Papers* (<http://www.JeanMonnetprogram.org/papers/papers01.html>), en No. 1/01: <http://www.JeanMonnetprogram.org/papers/01/010101.html>; conclusiones (visitada en julio de 2001).

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Así, YATAGANAS, *ibidem*.

hecho el Tribunal de Justicia representan una forma de Constitución ¹⁰⁷, o de que numerosas enmiendas (v. gr.: reorganización interna; reestructuración del procedimiento normativo) no requieran una reforma de los Tratados, sí nos parece cierto que «un buen Tratado es preferible a una mala Constitución» ¹⁰⁸. Sea como fuere, acaso la discusión no haya de centrarse en la naturaleza jurídica del instrumento, en su caso, en el concepto formal o material de Constitución, sino en la concepción subyacente a la distribución de competencias, horizontal y vertical, en el marco de la Unión. Ese es, en nuestro parecer, el punto de partida.

A nuestro juicio, pues, la primera delimitación habrá de hacerse a nivel *horizontal* entre las distintas instituciones europeas en el seno de la Unión. Ese más preciso deslinde —y su ulterior control— nos darán la medida de la reforma, su naturaleza y alcance; en definitiva, el saldo de lo que sea la Unión Europea en el futuro inmediato y, por consecuencia, las implicaciones que para la distribución vertical haya de tener. No ha de olvidarse, con todo, que el ciudadano se sitúa en el centro del debate competencial y que sólo una visión global, sistemática y coherente, a partir de una concepción de base, nos dará las claves.

En el estadio actual de la Unión Europea no parece que la definición funcional de las competencias pueda ser abandonada. La complejidad del sistema y del método comunitarios —también el escenario internacional o la globalización de la economía— no parecen permeables a excesivas rigideces, traigan causa o no de un listado de competencias, aunque, eso sí, la Unión se halle urgida a una mejor justificación, deslinde y control de las distintas esferas de poder. Sobre la base de un cierto consenso acerca del modelo o perfil al que se aspira, los próximos pasos serán fruto, previsiblemente, de la sabia conjunción de principios generales, técnicas, definiciones por sectores especiales o de un mejor deslinde, siquiera sea parcial, a nivel horizontal y vertical.

¹⁰⁷ Es de esa opinión J.H.H. WEILER, *Federalism and constitutionalism*, cfr. en <http://www.jean-monnetprogram.org/papers/00/001001.html> (visitada en julio de 2001).

¹⁰⁸ Cfr. DELORS, *Le Monde*, 2 de febrero de 2001, *apud* YATAGANAS, *ibidem*.

